ANAIS

X CONGRESSO DE DIREITO DA UFSC

2015

Agência Brasileira do ISBN
ISBN 978-85-67995-05-2

Anais do X Congresso de Direito da UFSC

DIREITO UFSC
CENTRO ACADÊMICO XI DE FEVEREIRO

Anais do X Congresso de Direito da UFSC

Florianópolis

Centro Acadêmico XI de Fevereiro – CAXIF

2015

ANAIS DO X CONGRESSO DE DIREITO DA UFSC – 2015

Coordenação Científica do Evento
Prof. Dr. Rafael Peteffi

Coordenação Científica da Mostra de Pesquisa
Profª. Drª. Aline Beltrame de Moura

Coordenação Geral do Evento
Vinícius José de Souza Faqueti

Comissão Organizadora do Evento:
Anna Karolina da Silva Oenning, Diordan Canônica, Gabriela Consolaro Nabozny, Giovanna Maisa Gamba, Gustavo Becker Monteiro, João Filgueiras Gomes Ramirez, Laísa Santos, Lucas Richter, Marina Machado Schmitt, Marjorie Carvalho de Souza, Pietro Carlo Stringari Zanluca, Vinícius José de Souza Faqueti.

Responsável Editorial
Marjorie Carvalho de Souza

Pareceristas
Alexandre Botelho, Aline Beltrame de Moura, Eduardo de Carvalho Rêgo, Fernanda Martins, Guilherme Henrique Lima Reinig, Javier Rodrigo Maiana, Grazielly Alessandra Baggenstoss, Leilane Serratine Grubba, Macell Cunha Leitão, Mikhail Vieira Cancellier de Olivo, Priscilla Camargo Santos e Rafael Caetano Cherobin.

Realização
Centro Acadêmico XI de Fevereiro – CAXIF

ISBN: 978-85-67995-05-2

Catalogação na Fonte pela Biblioteca Universitária da Universidade Federal de Santa Catarina

C749a Congresso de Direito da UFSC (10. : 2015 : Florianópolis, SC).
Anais / X Congresso de Direito da UFSC ; Coordenação geral do evento Vinícius José de Souza Faqueti ; Realização Centro Acadêmico XI de Fevereiro - CAXIF. - Florianópolis : CAXIF/UFSC, 2015.
908 p.

Inclui bibliografia.
Evento realizado de 14 a 17 de abril de 2015.

1. Direito - Congressos. I. Faqueti, Vinícius José de Souza. II. Título.

CDU: 34

SUMÁRIO

Apresentação 11

Programação 13

Trabalhos Apresentados na Mostra de Pesquisa 18

A ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA NA ITÁLIA: AS ATRIBUIÇÕES DOS PODERES DO ESTADO E O PAPEL DO *CONSIGLIO SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA*
Victor Machado Schmitt 19

A ATUAL LEGISLAÇÃO DE PROTEÇÃO INTELECTUAL PARA SOFTWARE NA RÚSSIA – CONCEITOS E ENTENDIMENTOS
Aline Azevedo Larroyed e Luiz Otávio Pimentel 39

A DEMOCRACIA PARTICIPATIVA NO BRASIL: UMA ANÁLISE DE SUA INSTRUMENTALIZAÇÃO PARA A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE
Juliana Paganini 59

A IMPORTÂNCIA DA CONSCIENTIZAÇÃO POLÍTICO – ECOLÓGICA PARA A PROTEÇÃO JURÍDICA DO MEIO AMBIENTE E O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL
Jéssica Gonçalves e Paula Galbiatti Silveira 75

A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO PENAL E SUA (IN)COMPATIBILIDADE COM A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA
Carlos Augusto Ribeiro da Silva 101

A LEGITIMIDADE DO EXERCÍCIO DO DIREITO DE RESISTÊNCIA PELO MOVIMENTO DOS TRABALHADORES RURAIS À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988
Fábio Corrêa Eleutério 129

A ORIGEM E O DESENVOLVIMENTO DO PRINCÍPIO DA IMUNIDADE JURISDICIONAL DOS ESTADOS: DO CAMINHO TRAÇADO POR CONTRATUALISTAS ÀS DECISÕES EXARADAS PELAS CORTES DOMÉSTICAS DOS ESTADOS UNIDOS E DO REINO UNIDO NO TRANSCURSO DO SÉCULO XIX
Leonardo Freitas 157

A POSSIBILIDADE JURÍDICA DA TRANSMISSÃO DE BENS DIGITAIS "CAUSA MORTIS" EM RELAÇÃO AOS DIREITOS PERSONALÍSSIMOS DO "DE CUJUS"
Naiara Czarnobai Augusto e Rafael Niebuhr Maia de Oliveira. 169

A RELAÇÃO DE INTERDEPENDENCIA ENTRE O DEVER DO PODER PUBLICO E A PARTICIPAÇÃO SOCIAL NA CONCRETIZAÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE
Andressa de Souza da Silva e Zenildo Bodnar 199

A RELATIVIZAÇÃO DA IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA DE VULTOSO VALOR NA EXECUÇÃO CIVIL
Guilherme Silva Araujo 215

A SUBJETIVIDADE JURÍDICA INTERNACIONAL NO *RISORGIMENTO*: OPOSIÇÕES ENTRE NAÇÃO E ESTADO NA ITÁLIA DO SÉCULO XIX
Guilherme Bedin 239

A TEORIA SOCIOECONÔMICA DO CONTROLE PENAL SEGUNDO A REVISTA DISCURSOS SEDICIOSOS (2000-2015)
Marina Leite de Almeida 261

A TOLERÂNCIA LIBERAL NO DIREITO DOS POVOS DE JOHN RAWLS
Ana Catarina de Alencar 277

A VIOLAÇÃO AO DIREITO À VERDADE NA DISTOPIA "1984" DE GEORGE ORWELL
Athena de Oliveira Nogueira Bastos 297

APORTES PARA UMA REFLEXÃO SOBRE A DEMOCRACIA A PARTIR DO PENSAMENTO DE HANNAH ARENDT: DOMÍNIO PRIVADO, DOMÍNIO PÚBLICO E ESFERA SOCIAL
Flávia Machado 315

AS ORIGENS DA METODOLOGIA DA HISTÓRIA DO DIREITO NA ESCOLA HISTÓRICA ALEMÃ: OU SOBRE A ATUALIDADE PERSISTENTE DE LEOPOLD VON RANKE
Márlio Aguiar 341

CASSAÇÃO DO REGISTRO OU DO DIPLOMA DO CANDIDATO SUBSTITUINTE EM CASO DE MÁCULA DAS ELEIÇÕES PELO SUBSTITUÍDO
Aline Boschi Moreira 359

CONHECIMENTOS TRADICIONAIS E A JUSTA REPARTIÇÃO DOS BENEFÍCIOS: REFLEXÕES A PARTIR DE UMA EXPERIÊNCIA ACADÊMICA
Eduardo Mendes de Sousa e Rosivane de Souza Mendes 375

DANOS EXISTENCIAIS E A IMPORTÂNCIA DE UM MEIO AMBIENTE DO TRABALHO EQUILIBRADO
Marcos Bento Veshagem 401

DE *CUPIDITAS RERUM* A *IUSTUM BELLUM*: A CATEGORIA DE CONFLITO EM SANTO AGOSTINHO
Anna Clara Lehmann Martins 421

DIREITOS EDUCACIONAIS E DECOLONIALIDADE: EDUCAÇÃO EM COMUNIDADES TRADICIONAIS BRASILEIRAS
Ana Clara Correa Henning e Bruna Costa Valença 439

EDUCAÇÃO JURÍDICA E CIÊNCIAS CRIMINAIS: PROBLEMATIZAÇÕES A PARTIR DA EPISTEMOLOGIA DO DIREITO
Haniel Duarte da Silva 455

ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DO CONCEITO DE SOBERANIA EM "DE IURE BELLI AC PACIS" DE HUGO GROTIUS
Felipe Pante Leme de Campos 471

IGUALDADE TRIBUTÁRIA E A DIFERENCIAÇÃO DE ALÍQUOTAS EM RAZÃO DO GRAU DE PARENTESCO NO ITCMD
Gustavo Costa Ferreira 495

INFORMAÇÃO PARA CIDADANIA PARTICIPATIVA NO DIREITO AMBIENTAL: PARADIGMA SISTÊMICO E INTEGRAÇÃO ENTRE CIÊNCIAS
Honácio Braga de Araújo 523

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: ASPECTOS HISTÓRICOS, CONSTITUCIONAIS E PONDERAÇÃO ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 566.471
Aline Moreira Delfiol e Igor Albuquerque Pontes 549

JÚPITER, HÉRCULES E HADES: CONCEITOS DE DIREITO
Gislaine de Paula 573

MEURSAULT CONTRA O "HOMEM MÉDIO": UM ESTRANGEIRO NO JUDICIÁRIO
Marja Mangili Laurindo 587

O CORPO PROFESSORAL E O ENSINO DO DIREITO NO RASTRO DA CRÍTICA DE PIERRE BOURDIEU

Rose Dayanne Santos de Brito 609

O DIREITO COMO LITERATURA: O DISCURSO JURÍDICO COMO NARRATIVA LITERÁRIA
Amanda Muniz Oliveira 625

O INÍCIO DA INQUISIÇÃO: A IMPORTÂNCIA DA HISTÓRIA PARA A CONSTITUIÇÃO DESSA GRANDE INSTITUIÇÃO JURÍDICA
Nathalia Moro Gargioni 641

O JULGAMENTO DE CIVIL PELA JUSTIÇA MILITAR À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E SUA (IN) COMPATIBILIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS
Celeste Maria Damasceno de Morais 655

O MECANISMO DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS DO MERCOSUL E DA OMC NO CONTEXTO DE FRAGMENTAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL. UMA RELAÇÃO HIERÁRQUICA?
Brenda Luciana Maffei 677

O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO E OS DIREITOS SOCIAIS: ASPECTOS DE SEU RECONHECIMENTO E INCIDÊNCIA NA DIMENSÃO DOS DIREITOS SOCIAIS
Bartira Barros Salmom de Souza 707

O PROCESSO DE INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E A MODERNA IDEIA DE SOBERANIA
Édio Ribeiro Rosa 737

O RECRUDESCIMENTO DE PENAS EM CONFLITO COM O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO
Bruna Sandri do Padro e Luiz Eduardo Dias Cardoso 753

O TERRITÓRIO INDÍGENA NAS CONSTITUIÇÕES LATINO-AMERICANAS: UMA ABORDAGEM DECOLONIAL
Milena Barbi e Thais Luzia Colaço 779

ORGANISMOS GENETICAMENTE MODIFICADOS (OGM) NA SOCIEDADE DE RISCO: ANÁLISE SOB AS PERSPECTIVAS DO DIREITO E DA JUSTIÇA AMBIENTAL
Ana Paula Rengel Gonçalves e Thaís Dalla Corte 797

POR UM REALISMO MARGINAL RACIAL
Luciano Góes 825

PROVA DE CARÁTER: A *CHARACTER EVIDENCE* NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO
Francisco Yukio Hayashi 855

PROPRIEDADE PRIVADA E EXPLORAÇÃO DE TRABALHO ESCRAVO: ANÁLISE SOBRE A HIPÓTESE DE EXPROPRIAÇÃO INTRODUZIDA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 81/2014
Francielly Schmeiske e Gabriela Araldi Walter 871

VOZES DA JUSTIÇA: ANÁLISE EM DISCURSO JURÍDICO, UM ESTUDO DE CASO
Dienifer Leite Maliska 889

Apresentação

O Centro Acadêmico XI de Fevereiro tem a honra de publicar os Anais do X Congresso de Direito UFSC, evento que foi realizado entre os dias 14 e 17 de abril de 2015 com a participação de diversos juristas de todo o Brasil, reunidos para analisar e debater temas relevantes para o Direito contemporâneo em um espaço de diálogo entre profissões jurídicas e Academia.

O Congresso de Direito da UFSC, organizado pelo CAXIF, é uma tradição iniciada em 2004 que se consolida anualmente com o esforço dos acadêmicos da graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Hoje, comporta o título de maior Congresso de Direito do Brasil organizado exclusivamente por estudantes, com cerca de 3.000 inscritos provenientes de todo o estado de Santa Catarina, além de estados vizinhos e outras regiões do país.

O objetivo do evento foi fomentar a discussão e reflexão de questões atuais, importantes e controversas no meio jurídico, bem como a troca de conhecimento e experiências entre os mais variados profissionais do Direito e investigadores das ciências jurídicas. Com este escopo o encontro abrangeu desde demandas de Direito Ambiental, eficácia de direitos fundamentais, distorções no Direito Tributário, polêmicas nos crimes contra a dignidade sexual, tópicos sobre o Novo Cógido de Processo Civil, sem deixar de incentivar, também, a pesquisa e extensão na Universidade, por meio da participação da Sociedade de Debates da UFSC e realização de palestras sobre a produção de artigos científicos.

Além disso, para impulsionar o desenvolvimento de novas pesquisas e debates sobre temas controversos, numa perspectiva plural e interdisciplinar, nas tardes dos dias 16 e 17 de abril de 2015 foi realizada a Mostra de Pesquisa do X Congresso de Direito da UFSC, que contou com a participação de acadêmicos das mais diversas instituições, efetivando um espaço de diálogo e promovendo a troca de conhecimentos. O conteúdo da presente publicação é o resultado dos trabalhos apresentados e visa oportunizar aos autores um espaço de divulgação de suas pesquisas, publicizando-os à comunidade científica e tornando-os acessíveis a outros pesquisadores da área.

Ao inserir esse espaço na programação do evento e permitir a divulgação das apresentações realizadas, a Comissão Organizadora buscou incentivar a pesquisa científica na área jurídica e possibilitar discussões entre os pesquisadores, e destes com os demais alunos. O CAXIF reconhece a importância da pesquisa como função fundamental da Universidade de produzir conhecimento, que quando protagonizada pelos próprios acadêmicos os permite sair de uma postura passiva de aprendizado para serem construtores ativos na sua formação. Ao produzir uma Mostra de Pesquisa, nosso principal objetivo era proporcionar aos acadêmicos a oportunidade de expor, discutir e aprimorar suas ideias.

A Comissão Organizadora do X Congresso de Direito UFSC agradece, primeiramente, a todos os palestrantes que se dispuseram a participar do evento, contribuindo para a construção de um espaço de debates de alta qualidade e relevância para os demais juristas participantes. Agradece, também, à Universidade Federal de Santa Catarina e sua Pró-Reitoria de Extensão, ao Centro de Ciências Jurídicas e a todas as entidades parceiras que apoiaram o Congresso e possibilitaram que fosse realizado gratuitamente nesses moldes de alcance e qualidade. Por fim, merecem igual agradecimento todos os acadêmicos que contribuíram para a excelência do encontro: aos que voluntariamente se dispuseram a organizar o evento, aos que suscitaram discussões e reflexões ao longo das palestras, aos que prestigiaram as atividades dos quatro dias de evento e especialmente aos que elevaram a qualidade acadêmica da reunião ao apresentarem seus trabalhos em nossa Mostra de Pesquisa.

Esperamos que o evento e esta publicação possam contribuir para estimular o aprofundamento e estudo pelos temas discutidos, bem como multiplicar reflexões críticas e despertar o interesse pela pesquisa jurídica.

Comissão Organizadora

CENTRO ACADÊMICO XI DE FEVEREIRO

Programação do evento

Dia 14.04.2015 – Terça-feira

19h – ABERTURA

19h30 – REFORMA POLÍTICA: DA INDIGNAÇÃO À AÇÃO

Prof. Dr. Miguel Reale Jr.
Ex-Ministro da Justiça e Advogado

Dia 15.04.2015 – Quarta-feira

08h30 – CRITÉRIOS PARA A AFERIÇÃO DO DANO MORAL

Profª. Drª. Judith Martins Costa
Advogada, Árbitra e Professora Aposentada da UFRGS

10h20 – A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM RELAÇÃO AOS PARTICULARES: UMA VISÃO CRITICA À LUZ DA JURISPURDÊNCIA ALEMÃ

Prof. Dr. Otávio Luiz Rodrigues Jr.
Procurador Federal da AGU e Professor da USP

14h – OS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS DO NOVO CPC

Prof. Dr. Eduardo Talamini
Advogado e Professor da UFPR

16h – INTRODUÇÃO AOS CONTRATOS COLIGADOS

Prof. Dr. Rodrigo Xavier Leonardo
Advogado e Professor da UFPR

16h – WORKSHOP DA SOCIEDADE DE DEBATES DA UFSC

18h30 – DIRETIVAS ANTECIPADAS DA VONTADE: MORALIDADE E VALIDADE DOS TESTAMENTOS VITAIS

Prof. Dr. Nelson Rosenvald
Procurador de Justiça do Estado de Minais Gerais

20h20 – OS ATUAIS DESAFIOS DA ARBITRAGEM NO BRASIL

Prof. Dr. Carlos Alberto Carmona
Advogado, Árbitro e Professor da USP

Prof. Me. Maurício Almeida Prado

Advogado e Árbitro das Eurocâmaras

Prof. Me. Eduardo Damião Gonçalves

Advogado, Árbitro e Professor em Cursos de Pós-graduação

Dia 16.04.2015 – Quinta-feira

08h30 – COMO (NÃO) ESCREVER UM ARTIGO CIENTÍFICO JURÍDICO

Prof. Henderson Furst
Editor da Saraiva e Professor da UNESP

10h – A IMPLANTAÇÃO DO PROCESSO DIGITAL EM 100% DO ESTADO DE SÃO PAULO

Rodrigo Santos
Consultor Jurídico

10h20 – DESAFIOS DO QUINTO CONSTITUCIONAL E A DEMOCRATIZAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

Dr. Raulino Jacó Bruning
Desembargador do Tribunal de Justiça de Santa Catarina

Dr. Ronei Danielli
Desembargador do Tribunal de Justiça de Santa Catarina

Dr. Ernani Guetten de Almeida
Desembargador do Tribunal de Justiça de Santa Catarina

14h – JURIDICIDADE DO RISCO E DO DANO AMBIENTAL

Profª. Drª. Cristiane Derani
Professora da UFSC

Prof. Dr. José Rubens Morato Leite
Professor da UFSC

Prof. Dr. Pedro Menezes Niebuhr
Professor da UFSC

Prof. Dr. Rômulo Silveira da Rocha Niebuhr
Advogado e Professor da Escola de Direito da FGV-Rio

14h – MOSTRA DE PESQUISA

18h30 – A DESIGUALDADE NA DISTRIBUIÇÃO DE TRIBUTOS: ASPECTOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E TERRITORIAIS

Prof. Me. Ricardo Anderle
Advogado e Professor Conferencista do Instituto Brasileiro de Estudos Tributários

20h20 – O SISTEMA DE PRECEDENTES NO NOVO CPC

Prof. Dr. Fredie Didier Jr.
Advogado e Professor da UFBA

Prof. Dr. Luiz Henrique Volpe Camargo
Advogado e Professor convidado da PUC-Rio, rede LFG e Faculdade de Direito de Vitória

Prof. Dr. Pedro Miranda de Oliveira
Advogado e Professor da UFSC

Dia 17.04.2015 – Sexta-feira

08h30 – SISTEMA RECURSAL NO NOVO CPC: RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS E A RECORRIBILIDADE DE DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS

Prof. Dr. Alexandre Freire
Advogado e Professor da PUC-Rio

Prof. Dr. Heitor Victor Mendonça Sica
Advogado e Professor da USP

Prof. Dr. Eduardo de Avelar Lamy
Advogado e Professor da UFSC

10h – ASPECTOS RELEVANTES DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL

Prof. Dr. Cezar Roberto Bitencourt
Advogado e Professor da UNI-RIO

14h – DIREITO DA CONCORRÊNCIA NAS LICITAÇÕES

Prof. LL.M Marçal Justen Neto
Advogado e Professor em Cursos de Pós-graduação

14h – MOSTRA DE PESQUISA

16h – REPENSANDO O DIREITO EMPRESARIAL: POR UM MERCADO COM MENOS INTERVENÇÃO E MAIS LIBERDADE

Prof. André Santa Cruz Ramos
Procurador Federal da AGU e Professor do IESB

16h – MINICURSO: NOÇÕES BÁSICAS PARA PRODUÇÃO DE ARTIGOS CIENTÍFICOS JURÍDICOS

Prof. Henderson Furst
Editor da Saraiva e Professor da UNESP

19h – ENCERRAMENTO

19h30 – CONSTITUIÇÃO, ORDEM JURÍDICA INTERNACIONAL, UNIVERSALIDADE E AMBIGUIDADE DOS DIREITOS HUMANOS

Prof. Dr. Francisco Rezek
Advogado, Ex-ministro do Supremo Tribunal Federal e Ex-juiz da Corte Internacional de Justiça-Haia

Trabalhos apresentados na Mostra de Pesquisa

A ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA NA ITÁLIA: AS ATRIBUIÇÕES DOS PODERES DO ESTADO E O PAPEL DO *CONSIGLIO SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA*

Victor Machado Schmitt [*]

Palavras-chave: administração da justiça; autonomia do Poder Judiciário; magistratura italiana; ordenamento judiciário; Consiglio superiore della magistratura.

Resumo: A partir da relação entre a organização, administração e fiscalização da justiça e a garantia da independência da magistratura e da efetividade da tutela jurisdicional, o presente trabalho procura perscrutar a autonomia do Poder Judiciário e o sistema de administração da justiça na República Italiana, com destaque ao órgão constitucional de governo autônomo da magistratura, o *Consiglio Superiore della Magistratura*, e as atribuições constitucionais de cada um dos três poderes do Estado na matéria, em vistas a uma análise de seus reflexos no exercício da magistratura e na prestação jurisdicional na Itália.

Keywords: administration of justice; independence of the Judiciary; Italian Judiciary; Consiglio superiore della magistratura.

Abstract: From the relations between the organization, management and supervision of justice and the guarantee of independence of magistracy and effectiveness of judicial protection, this paper seeks to assay the independence of the judiciary and the justice administration system in the Italian Republic, especially its constitutional organ of self-government, the *Consiglio Superiore della Magistratura*, and the constitutional responsibilities of each of the three branches of government in this field, in order to analyze their effects on the exercise of justice and judicial protection in Italy.

[*] Graduando em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Currículo na plataforma lattes: http://lattes.cnpq.br/2656357864786487

1 Introdução

> Gostaria de dizer que para um magistrado manter a sua independência seja mais difícil em tempos de liberdade que em tempos de tirania.
> Em um regime tirânico o juiz, se está disposto a se curvar, não pode fazê-lo senão a uma direção: a escolha é simples, entre o servilismo e a consciência. Mas em tempos de liberdade, quando as correntes políticas explodem em contraste por todos os lados, o juiz se encontra exposto como uma árvore no topo da montanha: se não tem o tronco bem firme, para cada vento que sopra se arrisca a pender para aquele lado. (CALAMANDREI, 2013, p. 240, tradução nossa[1]).

A independência e a imparcialidade dos juízes, elemento fundamental de salvaguarda dos cidadãos e da própria República, corresponde a um das mais delicados aspectos jurídico-políticos que envolvem os Estados modernos. O princípio da separação dos poderes é componente fundante dos Estados Constitucionais do Ocidente, enquanto o balanceamento das relações, os limites e a autonomia de cada um dos três poderes permanece um dos maiores desafios para a integridade do instituto e dos direitos dos cidadãos, de onde emerge o importante papel da garantia de independência na prestação jurisdicional.

A defesa de tais prerrogativas de independência da magistratura e de efetividade da tutela jurisdicional está, por seu turno, umbilicalmente atrelada à forma com que a Justiça é organizada, administrada e fiscalizada. Para tanto, instauradas das normas constitucionais e legais que delimitam as competências e atribuições em matéria de administração da justiça, entra em cena a atuação dos poderes do Estado e dos operadores do direito.

Assim, a partir dessa concepção, este trabalho procurará analisar o contexto geral da administração da justiça na *República Italiana*. Será tomada por partida a apresentação dos princípios e prerrogativas mais destacados da magistratura italiana, para em seguida esmiuçar as atribuições e as atividades de cada um dos sujeitos que interferem, em maior ou menor grau e responsabilidade, na administração, organização e fiscalização da justiça

[1] *Verrebbe voglia di dire che per un magistrato mantenere la sua indipendenza sia più difficile in tempi di libertà che in tempi di tirannia. In regime tirannico il giudice, se è disposto a piegarsi, non può piegarsi che in una direzione: la scelta è semplice, tra il servilismo e la coscienza. Ma in tempo di libertà, quando le correnti politiche soffiano in contrasto da tutti i lati, il giudice si trova esposto come l'albero sulla cima del monte: se non ha il fusto ben solido, per ogni vento che tira rischia di incurvarsi da quella parte.*

em território italiano, com destaque para o papel central do *Consiglio superiore della magistratura* e as atribuições constitucionais dos três poderes da República.

Destaque-se extrapolar o objeto deste trabalho o estudo comparatista de institutos brasileiros e italianos, ou mesmo, em maior abrangência, da administração da justiça no Brasil e na Itália. O objeto, aqui, em vistas a melhores consistência teórica e completude de análise, consiste na análise da administração da justiça na Itália. Por óbvio que, aos olhos dos estudantes e juristas brasileiros, o artigo tende a ser lido com uma comparação virtual automática, quase que instintiva, para com o direito pátrio, como é típico do estudo dos direitos estrangeiros; contudo, o olhar deste trabalho recai sobre a justiça italiana.

Para possibilitar e fundamentar o estudo, recorreu-se em maioria às fontes originais italianas – legais, jurisprudenciais e bibliográficas. Optou-se, por conta disso, pela transcrição do original em língua estrangeira, em notas de rodapé, de todos os excertos de tradução nossa reproduzidos integralmente e dos textos legais referidos de maneira expressa.

Preliminarmente, ainda, impele pontuar que a Itália configura, hodiernamente, consoante o disposto nos Princípios Fundamentais e nos títulos I, II, III e IV da segunda parte da Constituição da República Italiana, um república parlamentarista democrática, cujo Poder Executivo é dividido em seu vértice entre Chefe de Estado – o Presidente da República – e o Chefe de Governo – o Presidente do Conselho de Ministros (ou Primeiro-Ministro) –, Poder Legislativo é exercido em escala nacional pelo Parlamento, bicameral, composto pela Câmara dos Deputados e pelo Senado da República, e Poder Judiciário composto pelos magistrados e destacado seu órgão autônomo de governo – o Conselho Superior de Magistratura.

2 Princípios e prerrogativas da magistratura italiana

O título IV da segunda parte da Constituição da República Italiana é integralmente dedicado à magistratura[2], com previsão de que as normas de ordenamento judiciário e de

[2] Destaque-se o emprego do título "A Magistratura" (*La Magistratura*), diversamente de outros países de tradição continental que preferiram utilizar "Poder Judiciário", como Alemanha, Espanha, Argentina e Brasil, ou "Autoridade Judiciária", como França. Dentre outros fatores, essa escolha do Constituinte italiano é um dos

cada magistratura[3] serão estabelecidas em legislação ordinária. Veda-se expressamente a instituição de novos Juízos especiais ou extraordinários[4].

O título se inaugura, no artigo 101, com a máxima "A Justiça é administrada em nome do povo"[5], que é invocada preambularmente em todas as sentenças e decisões judiciais e fixada em posição de destaque nas paredes dos tribunais e cortes por todo o país. Há hipóteses de participação direta do povo na atividade jurisdicional, em especial nos tribunais de júri popular (*Corti di Assise*), contudo reside nessa delegação de soberania popular a própria legitimação constitucional ao exercício da atividade judiciária pela magistratura. O artigo 1º da Constituição estabelece que a soberania pertence ao povo, e a proximidade nas relações entre povo e jurisdição é reafirmada pela submissão dos juízes à lei, uma vez que a produção das leis a que estão sujeitos os magistrados é competência dos representantes parlamentares eleitos diretamente pelo povo (POMODORO, 2013, p. 15).

A Constituição assevera a autonomia e independência da ordem da magistratura, assim entendida como a expressão do Poder Judiciário, em relação aos demais poderes do

reflexos da tradição histórica italiana em reconhecer o exercício da jurisdição e a autoridade judiciária antes na figura do juiz do que na força de um Poder Judiciário centralizado e independente, o que veio a tomar corpo no país sobretudo a partir da Unificação Italiana, na segunda metade do século XIX. Em sua maioria, os diversos reinos, principados e cidades autônomas que vieram a integrar a República Italiana detinham em sua estrutura uma ordem de juízes, dotados de maior ou menor grau de autonomia, mas que acabaram por consolidar a existência de uma classe de magistrados, anteriores à existência mesma de um Poder Judiciário nacional. Essa autonomia funcional, ou independência própria, caíram sob o regime fascista, que transformaram os magistrados como que em empregados ordinários do Estado, que deviam agir e julgar conforme as circulares da Administração Pública e às exigências do *Duce* (SCARSELLI, 2013, p. 60-64).

[3] A Constituição Italiana consagra o princípio da unidade da jurisdição, sendo a função jurisdicional exercida: em matéria civil e penal, por juízes profissionais e honorários, tribunais, Cortes de Apelação, Corte de Cassação, tribunais para menores, juízes e tribunais de vigilância e tribunais de júri popular; em matéria administrativa, por tribunais administrativos regionais e Conselho de Estado; em matéria contábil, pela Corte de Contas; em matéria militar, por tribunais militares. A Constituição prevê ainda a independência dos juízes das jurisdições especiais, assim entendidas a administrativa, a contábil e a militar, bem como do ofício do Ministério Público atuante em seus respectivos âmbitos (POMODORO, 2013, p. 14).

[4] Dentre as Disposições Finais e Transitórias da Constituição Italiana de 1948, a sexta prevê a revisão, em até cinco anos de sua entrada em vigor, dos órgãos especiais de jurisdição então existentes, à exceção do Conselho de Estado, da Corte de Contas e dos tribunais militares. Destacamos dois Juízos especiais legalmente existentes, hoje, na Itália, especialmente relevantes no âmbito deste trabalho, notadamente a Seção Disciplinar do Conselho Superior da Magistratura (CSM) e a Seção Disciplinar do Conselho Nacional Forense (CNF), atrelados aos órgãos de cúpula da magistratura e da advocacia, respectivamente, cujas decisões são recorríveis diretamente à Corte de Cassação.

[5] *La giustizia è amministrata in nome del popolo.*

Estado[6], estabelece o princípio da certeza do juiz ou do juiz natural[7], com reserva absoluta de lei na matéria[8], e assegura a inamovibilidade dos magistrados[9]. Já os princípios do contraditório e da isonomia enrijecem o princípio da imparcialidade do Juízo[10], enquanto a obrigatoriedade do manejo da ação penal[11] garante a imparcialidade do acusador público (magistrado com atribuição do Ministério Público), porquanto não a condiciona à chancela de outra autoridade ou lhe permite escolher, discricionariamente, contra quem ou em que casos ajuizar a ação penal, mas lhe obriga a fazê-lo sempre – e com isso garante sua imparcialidade e o consequente tratamento isonômico aos jurisdicionados. Acrescenta-se, também, a disponibilidade imediata da polícia judiciária pelos magistrados requerentes[12], impedindo qualquer filtro ou intermediação a restringir os meios práticos de exercício de suas atividades.

Aos juízes é garantida a independência interna[13], segundo a qual os magistrados se distinguem entre si tão somente por diversidade de função, e exigida a motivação de todas as decisões judiciais[14]. O chamado princípio do concurso, que estabelece o requisito específico de aprovação em concurso público para entrada na carreira da magistratura[15], denota outra importante garantia funcional de independência: implica que o juiz não deve render graças a ninguém, pois depende exclusivamente de suas capacidades para ser aprovado em concurso e após a entrada na carreira não deve favores ou pagamentos. Existem exceções ao referido princípio, em especial na nomeação de membros laicos à

[6] Costituzione, art. 104, comma 1: *La magistratura costituisce un ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere*.
[7] A respeito, destaque-se: "O princípio do juiz natural apresenta o seguinte conteúdo: a) determinabilidade com a prévia individualização dos juízes por meio de leis gerais; b) garantia de justiça material através da independência e da imparcialidade dos juízes; c) estabelecimento de critérios objetivos para a determinação da competência dos juízes; d) observância das determinações de procedimento referentes à divisão funcional interna" (MARTINS, 2004, p. 113)
[8] Costituzione, art. 25, comma 1: *Nessuno può essere distolto dal giudice naturale precostituito per legge*.
[9] Costituzione art. 107: *I magistrati sono inamovibili. Non possono essere dispensati o sospesi dal servizio né destinati ad altre sedi o funzioni se non in seguito a decisione del Consiglio superiore della magistratura, adottata o per i motivi e con le garanzie di difesa stabilite dall'ordinamento giudiziario o con il loro consenso.*
[10] Costituzione art. 111: *Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale*.
[11] Costituzione, art. 112: *Il pubblico ministero ha l'obbligo di esercitare l'azione penale.*
[12] Costituzione, art. 109: *L'autorità giudiziaria dispone direttamente della polizia giudiziaria.*
[13] Costituzione, art. 107, comma 3*: I magistrati si distinguono fra loro solo per diversità di funzioni*.
[14] Costituzione, art. 111: *Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati*.
[15] Costituzione, art. 106, comma 1: *Le nomine dei magistrati hanno luogo per concorso*.

Corte de Cassação, que contudo mantém a preocupação em assegurar a independência funcional dos magistrados[16].

Normas constitucionais programáticas dispõem a limitação da atividade política dos magistrados, em especial a inscrição e participação recorrente em partidos políticos que possam contrariar seus deveres de imparcialidade e independência. Permite-se expressamente, por outro lado, a eleição de magistrados para cargos de representação política como senador, deputado ou prefeito. Entende-se não poder tolher do cidadão, mesmo que magistrado, os direitos políticos, sobretudo a elegibilidade e a livre manifestação do pensamento. Admitem-se, como mencionado, restrições a tais exercícios, para a adequação aos deveres inerentes à função jurisdicional. Sobre o tema, manifestou-se a Corte Constitucional italiana:

> Deve ser reconhecida – e não é possível dúvidas a esse respeito – que os magistrados devem gozar dos mesmos direitos de liberdade garantidos a qualquer outro cidadão e desse modo possam, como é óbvio, não apenas compartilhar um ideal político, mas também manifestar expressamente suas próprias opções a respeito. [...] A Constituição, portanto, se não impõe, no entanto consente que o legislador ordinário introduza, para a tutela e a salvaguarda da imparcialidade e da independência do Poder Judiciário, a proibição aos magistrados de inscrição em partidos políticos: ou seja, para reforçar a garantia de sua sujeição somente à Constituição e à lei e para evitar que o exercício de suas delicadas funções seja ofuscado por estarem eles amarrados a uma estrutura partidária que importa inclusive vínculos hierárquicos internos. (Corte Costituzionale, Sentenza n. 224/2009, tradução nossa[17]).

Outrossim, a previsão constitucional segundo a qual "os juízes estão sujeitos somente à lei"[18] constitui a gênese e o principal fundamento da independência do juiz:

[16] Pode-se citar, como principais preocupações em caucionar aos membros laicos que adentram a magistratura de forma direta, i.e., sem aprovação em concurso, a afirmação de qualificação profissional ao prever como requisitos ser professor universitário ordinário em matéria jurídica ou advogado com período mínimo de atividade, ou a exclusividade das nomeações a funções jurisdicionais colegiadas e vedação a funções monocráticas, como espécie de garantia de que as decisões tomadas pelo nomeado serão compostas com decisões de togados.
[17] "*Deve riconoscersi – e non sono possibili dubbi in proposito – che i magistrati debbono godere degli stessi diritti di libertà garantiti ad ogni altro cittadino e che quindi possono, com'è ovvio, non solo condividere un'idea politica, ma anche espressamente manifestare le proprie opzioni al riguardo. [...]La Costituzione, quindi, se non impone, tuttavia consente che il legislatore ordinario introduca, a tutela e salvaguardia dell'imparzialità e dell'indipendenza dell'ordine giudiziario, il divieto di iscrizione ai partiti politici per i magistrati: quindi, per rafforzare la garanzia della loro soggezione soltanto alla Costituzione e alla legge e per evitare che l'esercizio delle loro delicate funzioni sia offuscato dall'essere essi legati ad una struttura partitica che importa anche vincoli gerarchici interni.*"
[18] Costituzione, art. 101, comma 2: *I giudici sono soggetti soltanto alla legge.*

impede que qualquer um interfira em seu trabalho[19]. A lei é assim o fundamento e o limite da atuação do juiz[20].

Há de se destacar que os magistrados, na Itália, se dividem em judicantes e requerente, sendo estes os que têm o a tarefa de decidir o destino de disputas e processos de iniciativa do poder público ou de fiscalizar a observância das leis, da regular administração da justiça e de promover a repressão dos crimes, um vez serem os titulares da ação penal, funções estas identificadas com o ofício de Ministério Público (*pubblico ministero*). Logo, inexiste divisão das carreiras de magistrado judicante e requerente, na Itália, sendo ambos integrantes da mesma magistratura (SCARSELLI, 2013, p. 331-333).

3 As atribuições do Ministério da Justiça na administração jurisdicional

A Itália se organiza como uma república democrática parlamentarista, cujo Chefe de Estado é o Presidente da República e o Chefe de Governo[21] é o Presidente do Conselho de Ministros (ou Primeiro-Ministro), consoante o disposto nos títulos I, II e III da segunda parte da Constituição da República Italiana.

O Ministro da Justiça é o único ministro expressamente previsto na Carta Constitucional italiana, particularmente no título IV da segunda parte, dedicado à *Magistratura*, que fixa duas competências específicas ao cargo, paralelas às genericamente previstas para todos os ministros na Constituição e em outras fontes normativas.

A mais destacada função geral dos Ministros de Estado, na Itália, consiste na prerrogativa de definição e endereçamento das políticas administrativas do Governo, exercidas em nível geral no âmbito do Conselho dos ministros e em nível específico no âmbito do próprio ministério. São as políticas administrativas formuladas nesse contexto

[19] Os *procuratori* do Ministério Público, contudo, não estão adstritos à lei, mas devem respeitar, também, aos regulamentos do Procurador-Geral junto à Corte de Cassação.
[20] Os juízes devem se limitar à aplicação da lei, mas não a criá-la nem refutá-la, sob pena de ilícito disciplinar, pois apenas a Corte Constitucional pode desaplicar a lei ou declará-la inconstitucional, haja vista o modelo de controle de constitucionalidade adotado na Itália ser o concentrado.
[21] Utiliza-se, para os fins deste trabalho, a expressão "*Governo*" no exato sentido disposto no artigo 92, primeira parte, da Constituição Italiana, a saber: "O Governo da República é composto pelo Presidente do Conselho e pelos ministros, que constituem juntos o Conselho dos ministros" (tradução nossa). Do texto original*: Il Governo della Repubblica è composto del Presidente del Consiglio e dei ministri, che costituiscono insieme il Consiglio dei ministri.*

que delineiam não apenas a atuação estatal em cada uma de suas áreas de atividade, mas inclusive as propostas de leis e procedimentos legislativos encaminhadas ao Parlamento.

A primeira atribuição constitucional prevista ao chefe do Ministério da Justiça consiste na faculdade de promover ação disciplinar contra magistrados[22]. A ação de responsabilidade disciplinar, no ordenamento italiano, denota processo judicial com objetivo de apuração e eventual condenação por ilícitos disciplinares cometidos pelo magistrado[23].

Difere-se, nessa atribuição, do Procurador-Geral junto à Corte de Cassação, que tem a obrigação de promover a ação disciplinar sempre que tiver conhecimento de conduta ilícita. O Ministro da Justiça, por seu turno, tem a *faculdade* de promovê-la, ou seja, ao tomar conhecimento de ilícito disciplinar cometido por magistrado pode *ou não* manejar ação contra ele. Tal distinção funcional advém do fato de que o Procurador-Geral exerce uma função jurisdicional[24], enquanto o Ministro exerce uma função política – reconhecido pela Corte Constitucional como "o único órgão responsável perante o Parlamento, segundo os princípios, naquilo que se refira à organização da Justiça e ao seu funcionamento"[25].

Para tanto, o Ministro da Justiça faz uso do poder de inspeção, uma vez ser de sua atribuição a vigilância dos ofícios judiciários, podendo requerer informações aos diretores e chefes de ofícios judiciários e ordenar inspeções. Cabe ao Procurador-Geral junto à Corte de Cassação, em seguida ao ajuizamento da ação penal, o procedimento de investigação e demais funções de Ministério Público, não podendo decidir pelo arquivamento sem prévia comunicação ao Ministro, ao qual é ainda garantida a participação em diversas fases do processo (POMODORO, 2012, p. 57-58).

[22] Costituzione, art. 107: *Il Ministro della giustizia ha facoltà di promuovere l'azione disciplinare.*
[23] A responsabilidade dos magistrados, os ilícitos disciplinares concernentes à função e o próprio manejo da ação disciplinar são temas dos mais debatidos no âmbito do ordenamento judiciário na Itália, que extrapolam a delimitação de objeto e a extensão deste trabalho. Abordagens mais detalhadas podem ser encontradas, dentre outras, nas obras de De Nardi (DE NARDI, 2002) e de Bartole (BARTOLE, 2012).
[24] Relembre-se, por oportuno, que na Itália as funções notadamente atribuídas ao Ministério Público são exercidas por magistrados.
[25] *Resta l'unico organo responsabile davanti al Parlamento, secondo i principi, di quanto attiene all'organizzazione della giustizia e al suo funzionamento.* Corte Cost. 18 luglio 1973, n. 142, in *Giur. cost.*, 1973, III, p. 1413 (POMODORO, 2012, p. 57).

A segunda atribuição constitucional do Ministro da Justiça estatui que a ele compete a organização e o funcionamento dos serviços relativos à Justiça, ressalvadas as atribuições do Conselho Superior da Magistratura[26], das quais se tratará adiante.

O Ministro da Justiça, pois, tem a competência exclusiva de fornecer os chamados serviços relativos à Justiça, que denotam o conjunto de atividades indispensáveis para o funcionamento eficaz dos ofícios judiciários, dentre as quais destaca-se, a título de exemplo, a gestão de recursos humanos dos servidores judiciários, como oficiais de justiça, escrivães e secretários, a administração dos edifícios e bens do aparato judiciário, a segurança dos locais e pessoas e o próprio orçamento de cada unidade judiciária.

Percebe-se, portanto, que o Constituinte italiano optou por atribuir ao Ministério da Justiça a gestão administrativa do aparato judiciário, dotando-o das prerrogativas e meios de atuação necessários para o exercício da função, de tal sorte que o Ministro cumpre papel essencial e destacado na administração da justiça e na própria efetividade da prestação jurisdicional em território italiano.

4 O *Consiglio superiore della magistratura - CSM*

Com o advento da República e a promulgação da Carta Constitucional, foi previsto um forte sistema garantidor da autonomia e da independência da magistratura, cristalizados no Conselho Superior da Magistratura (*Consiglio superiore della magistratura* – CSM, tradução nossa), que, todavia, foi efetivamente instituído passados quase dez anos da entrada em vigor da Constituição, por meio da Lei n. 195 de 24 de março de 1958 (POMODORO, 2013, p. 27).

A história do CSM confunde-se com a própria história da magistratura italiana, que encontrou na projeção de um organismo autônomo competente para a gestão dos magistrados a trajetória a ser seguida em vistas à afirmação da independência da

[26] Costituzione, art. 110: *Ferme le competenze del Consiglio superiore della magistratura, spettano al Ministro della giustizia l'organizzazione e il funzionamento dei servizi relativi alla giustizia.*

magistratura, que até a metade do século XIX estava diretamente vinculada ao poder executivo[27]:

> Referir-se aos precedentes históricos do Conselho Superior da Magistratura equivale a escrever a história do progressivo afirmar-se, não só na consciência coletiva, mas também no nosso ordenamento positivado, do princípio da independência dos juízes do poder executivo. (TORRENTE *apud* SCARSELLI, 2013, p. 93, tradução nossa[28]).

O primeiro esboço daquilo que viria a se tornar o órgão autônomo da magistratura foi a comissão consultiva criada pelo Régio Decreto n. 5230, de 1880, que tinha competência para exprimir pareceres obrigatórios acerca de promoções e de transferências de magistrados, junto ao Ministro de Graça e Justiça.

Foi em 1907, através da Lei n. 511, dita *Legge Gallo-Orlando*, instituído o Conselho Superior da Magistratura[29], cujas competências eram em maioria consultivas em relação às matérias de admissão na magistratura, transferências e incompatibilidades, e em caráter deliberativo no tocante às promoções de magistrados. Não dispunha, ainda, de competência disciplinar. Esse sistema, contudo, foi abolido por ocasião do governo fascista, período em que o poder executivo passou a controlar diretamente o CSM. Findo o período do Fascismo, foi retomada a independência do CSM e suas competências então reconhecidas, logo antes da promulgação do novo diploma constitucional (SCARSELLI, 2013, p. 92-94),

A Constituição da República Italiana de 1948 insculpiu o Conselho Superior da Magistratura – CSM imediatamente após ter afirmado o princípio da independência da magistratura, no mesmo artigo 104. Assim, deixou claro que a natureza do Conselho ultrapassa a natureza de um órgão administrativo de gestão, porquanto denota efetiva expressão e garante da independência da magistratura em relação ao Executivo, tratando-

[27] Destaque para o Estatuto Albertino de 1848, o qual afirmava que o poder judiciário dependia diretamente do poder executivo e, particularmente, do mesmo Soberano a quem competia nomear os juízes delegados a administrar a justiça em seu nome. Ademais, a legitimidade para promoção da ação disciplinar cabia ao Ministério Público, que era então vinculado ao Ministério de Graça e Justiça, do poder executivo (POMODORO, 2013, p. 26).

[28] *Riferire sui precedenti storici del Consiglio superiore della magistratura equivale a scrivere la storia del progressivo affermasi, non solo nella conscienza coletiva, ma anche nel nostro ordinamento positivo, del principio dell'indipendenza dei giudici dal potere esecutivo.*

[29] O nome foi emprestado pela legislação francesa.

se de órgão de relevo constitucional[30]. O CSM consiste, pois, no órgão autônomo de governo da magistratura, blindagem constitucional à ingerência dos demais poderes no judiciário.

A Constituição da República Italiana estabelece a composição e as competências do Conselho Superior da Magistratura nos seguintes termos:

> Art. 104. A magistratura constitui uma ordem autônoma e independente de qualquer outro poder. O Conselho superior da magistratura é presidido pelo Presidente da República. Fazem parte dele de direito o primeiro presidente e o procurador-geral da Corte de Cassação. Os outros componentes são eleitos em dois terços pelos magistrados ordinários pertencentes às várias categorias, e em um terço pelo Parlamento em sessão conjunta dentre professores universitários ordinários em matérias jurídicas e advogados após quinze anos de exercício. O Conselho elege um vice-presidente dentre os componentes nomeados pelo Parlamento. Os membros eletivos do Conselho ocupam o cargo durante quatro anos e não são imediatamente reelegíveis. Não podem, enquanto estiverem na função, estarem inscritos nas ordens profissionais, nem fazer parte do Parlamento ou de um Conselho regional.
> Art. 105. Cabe ao Conselho superior da magistratura, conforme as normas de ordenamento judiciário, as contratações, as atribuições e as transferências, as promoções e os procedimentos disciplinares no tocante aos magistrados. (tradução nossa[31]).

[30] A caracterização do CSM como órgão constitucional ou órgão de relevo constitucional não é de todo pacífico, muito embora a Corte Constitucional o diga órgão de relevo constitucional. As maiores diferenças entre as figuras consistem em: os órgãos constitucionais são atores diretos do funcionamento político e formadores essenciais da forma de governo, de modo que não podem ser suprimidos nem mediante revisão constitucional, enquanto os órgãos de relevo constitucional são auxiliadores do funcionamento político do Estado, não essenciais à forma de governo, podem ser suprimidos ou modificados mediante lei de revisão da Constituição, a qual ainda delega à lei ordinária a organização, estrutura e funções de tais órgãos. São órgãos constitucionais o Parlamento, o Governo, o Presidente da República e a Corte Constitucional; são órgãos de relevo constitucional o Conselho de Estado, a Corte de Contas, o Conselho Supremo de Defesa e o CSM. Além disso, por seu turno, é entendimento pacífico que o CSM, enquanto poder do Estado, tem legitimidade para suscitar conflito de atribuições entre poderes do Estado, perante a Corte Constitucional (POMODORO, 2013, p. 25-26).

[31] Costituzione, art. 104: *La magistratura costituisce un ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere. Il Consiglio superiore della magistratura è presieduto dal Presidente della Repubblica. Ne fanno parte di diritto il primo presidente e il procuratore generale della Corte di cassazione. Gli altri componenti sono eletti per due terzi da tuti i magistrati ordinari tra gli appartenenti alle varie categorie, e per un terzo dal Parlamento in seduta comune tra professori ordinari di università in materie giuridiche ed avvocati dopo quindici anni di servizio. Il Consiglio elegge un vice presidente fra i componenti designati dal Parlamento. I membri elettivi del Consiglio durano in carica quattro anni e non sono immediatamente rieleggibili. Non possono, finché sono in carica, essere iscritti negli albi professionali, né far parte del Parlamento o di un Consiglio regionale;* art. 105: *Spettano al Consiglio superiore della magistratura, secondo le norme dell'ordinamento giudiziario, le assunzioni, le assegnazioni ed i trasferimenti, le promozioni e i provvedimenti disciplinari nei riguardi dei magistrati.*

A Constituição, pois, prevê a composição do CSM em parte por membros eletivos e em parte por membros de direito, com regulamentação dada pela Lei n. 195/1958[32].

São três os membros de direito: o Presidente da República, que preside o Conselho, o Primeiro Presidente da Corte de Cassação e o Procurador-Geral junto à Corte de Cassação, estes dois os representantes do vértice da magistratura judicante e da magistratura requerente, respectivamente.

São atualmente vinte e quatro os membros eletivos, dentre os quais dezesseis magistrados togados e oito membros externos à magistratura, chamados laicos ou leigos. O Vice-Presidente do Conselho é eleito internamente dentre os membros leigos.

Dentre os membros togados, dois devem ser magistrados no exercício de função de juízo de legitimidade na Corte de Cassação ou na Procuradoria-Geral junto à mesmo Corte, quatro devem ser magistrados no exercício de função de Ministério Público e os outros dez devem ser magistrados no exercício de função de juízo de mérito; todos eleitos em três colégios eleitorais distintos. Todos os magistrados têm direito a voto nos três colégios, salvo aqueles que estiverem no período de "estágio profissional" (os chamados *magistrati ordinari in tirocinio*, que são aqueles recém-aprovados em concurso, que devem passar por treinamento e atuação profissional específica para adquirir a vitaliciedade no cargo).

A eleição dos oito membros leigos é realizada pelo Parlamento, em sessão conjunta bicameral, por meio de voto secreto e mediante maioria qualificada de três quintos da assembleia, em primeiro escrutínio, e de três quintos dos votantes, a partir do segundo escrutínio.

A lei n. 195/1958 prevê, em seu artigo 32, a possibilidade de dissolução do CSM, a qualquer tempo que esteja inviável o seu funcionamento – sem, contudo, estabelecer claramente quais seriam os critérios para caracterizar tal *impossibilidade de funcionamento* –, por meio de decreto do Presidente da República, ouvidos o Presidente do Senado e o da Câmara dos Deputados e o *Comitato di presidenza*[33]. A partir da dissolução, devem ocorrer eleições para nova composição do CSM dentro de um mês.

[32] Uma abordagem mais detalhada acerca do tema pode ser encontrada na obra de Bartole (BARTOLE, 2012) ou na de Scarselli (SCARSELLI, 2013).

[33] O *Comitato di presidenza* do CSM, instituído pelo art. 2º da Lei n. 195/1958, com funções majoritariamente relacionadas às atribuições e ao funcionamento da Assembleia Plenária (*Plenum*), é formado pelo Vice-

A Seção Disciplinar do CSM é competente para conhecer e julgar os processos disciplinares movidos em face de magistrados ordinários. As decisões da Seção Disciplinar são revestidas da forma de sentença, em natureza jurisdicional, ao contrário da natureza administrativa das decisões emanadas pelo *Plenum* ou pelas demais seções e comissões do CSM. Relembre-se que a Seção Disciplinar do CSM foi um dos juízos especiais mantidos após a revisão constitucional programada na sexta disposição transitória da Constituição da Itália. Suas decisões são recorríveis à Corte de Cassação, especificamente perante as sessões unificadas em matéria civil (*Sezioni Unite Civili*).

A Seção Disciplinar é composta por seis componentes efetivos, quais sejam o Vice-Presidente do CSM, que o preside, um outro membro eleito pelo Parlamento, um magistrado dentre os eleitos em exercício de função de juízo de legitimidade na Corte de Cassação, um magistrado dentre os eleitos em exercício de função de Ministério Público e dois magistrados dentre os eleitos em exercício de função de juízo de mérito. À exceção do Vice-Presidente do Conselho, que o integra de direito, os demais componentes, e seus suplentes, são eleitos pela Assembleia Plenária do CSM, com escrutínio secreto e maioria qualificada de dois terços dos componentes do Conselho. A função de Ministério Público junto à Seção Disciplinar do CSM é exercida pelo ofício do Procurador-Geral da Corte de Cassação.

Sobre as funções do controle disciplinar dos magistrados, destaca Pomodoro, com suporte em Zagrebelsky, Di Federico e Zanon-Biondi:

> A doutrina entende que ao controle disciplinar devam ser reconhecidas duas funções: uma repressiva, destinada a impor uma sanção contra o magistrado responsável por uma determinada violação, e outra didática e preventiva, voltada a orientar os comportamentos futuros dos magistrados e a prevenir possíveis atos lesivos à função jurisdicional. Além disso, se entende que o controle disciplinar constitui um importante instrumento de seleção negativa de juízes no que consinta afastar da magistratura aquelas pessoas que, inicialmente aceitas por meio de concurso público, se revelaram inadequadas ao desempenho de funções jurisdicionais. (POMODORO, 2013, p. 149-150, tradução nossa[34]).

Presidente do CSM, que o preside, e pelos outros membros de direito do CSM, quais sejam o Presidente e o Procurador-Geral da Corte de Cassação.

[34] *La dottrina ritiene che al controllo disciplinare debbano essere riconosciute due funzioni, l'una repressiva, intesa ad imporre una sanzione nei confronti del magistrato responsabile di una determinata violazione e l'atra didattica e preventiva, volta ad orientare i comportamenti futuri dei magistrati e prevenire possibili atti lesivi della funzione giudiziaria. Si ritiene peraltro che il controllo disciplinare costituisca un importante strumento di selezione negativa dei magistrati in quanto idoneo ad allontanare dalla magistratura le persone che, inizialmente assunte a seguito del concorso pubblico, si siano rivelate non idonee allo svolgimento delle funzioni giudiziarie.*

A responsabilidade e legitimidade disciplinar dos magistrados, as condutas ilícitas, as sanções aplicáveis e o procedimento específico foram regulamentados pelo Decreto Legislativo n. 109, de 2006, sem contudo alterar a competência do CSM. A nova legislação tipificou os ilícitos disciplinares, modificou as sanções aplicáveis e precisou o procedimento legal[35].

Em função de a legislação anterior na matéria ser pouco precisa e detalhada, coube à própria Seção Disciplinar do *Consiglio* definir com exatidão, na prática, quais comportamentos estavam sujeitos ao controle disciplinar, o cabimento das sanções e as próprias especificidades do procedimento. Destaque-se que as audiências e sessões de julgamento correspondentes são em regra públicas, mas a Seção pode dispor que os debates ocorram a portas fechadas[36] sempre que seja necessária para a tutela da credibilidade da função judiciária, dependendo da repercussão do caso analisado e da função que o acusado ocupa, ou para a salvaguarda de direito de terceiros (SCARSELLI, 2013, p. 190-197).

As funções mais destacadas do Conselho Superior da Magistratura são as previstas na Constituição, e a ele reservadas, quais sejam a contratação, as transferências e atribuições de funções, as promoções e os procedimentos disciplinares dos magistrados. Compete ao *Plenum* do Conselho a deliberação final de mérito de qualquer questão derivada de tais atribuições, salvo no caso de processo disciplinar.

Apesar disso, as competências do Conselho não se restringem às previstas no artigo 105 da Carta Constitucional, mas são mais amplas e abarcam aquelas dispostas em legislação ordinária e também as atribuídas de ofício pelo CSM, em decorrência da efetivação dos princípios constitucionais norteadores de sua atividade. Tais funções podem ser divididas, em linhas gerais, em funções administrativas, normativas de segunda grau e jurisdicionais.

As funções administrativas são todas aquelas atribuições no âmbito das quais o Conselho opera como órgão administrativo competente à gestão dos magistrados. Nesse

[35] Vide nota 23, *supra*.

[36] Para uma abordagem pormenorizada do dever de segredo nos colégios judicantes, na Itália, em perspectivas histórica, analítica e crítica, sugere-se recente obra de Cristina Asprella (ASPRELLA, 2012, cap. II).

diapasão, podem ser inseridas, em rol não taxativo, as competências de: deliberação sobre o concurso de acesso à magistratura e a nomeação da comissão examinadora; atribuição do período inicial da carreira, conhecido como *tirocinio professionale*, e de valoração dos resultados dos ingressantes na carreira; coordenação do Comitê Diretivo da Escola Superior da Magistratura; formação da tabela de ofícios judiciários, que consiste na repartição de competências entre os ofícios judiciários, criação de novos ofícios e a designação de magistrados a cada qual deles[37]; valoração de profissionalismo para fins de condução a cargos diretivos ou semi-diretivos e de transferência; regulamentação interna de sua organização e funcionamento; gestão orçamentária autônoma; deliberação e atuação em prol da defesa da instituição judiciária, de seu papel, de sua independência e de sua credibilidade; promoção do estreitamento de relacionamento para com a magistratura da União Europeia (POMODORO, 2013, p. 45-47).

As funções normativas em segundo grau possibilitam que o Conselho emane atos normativos regulamentadores de leis o com fins de promover correta interpretação de lei. Por seu turno, as funções jurisdicionais são as que abrangem os procedimentos disciplinares contra magistrados, de competência da Seção Disciplinar do CSM, como já abordado.

Assim sendo, o *Consiglio superiore della magistratura* corresponde à própria salvaguarda do princípio constitucional da independência da magistratura, com determinadas competências exclusivas e com uma preponderância marcante no ordenamento italiano, considerado efetivamente *poder do Estado*.

5 A atuação dos Poderes Executivo e Legislativo na administração da justiça

A Constituição italiana e as leis ordinárias nela baseadas traçam as diretrizes de atuação dos três poderes na prestação jurisdicional e os consequentes deveres, atribuições, prerrogativas, e responsabilidades de cada um deles. Já se tratou das competências constitucionais específicas do Ministro da Justiça em matéria de administração da justiça,

[37] Análise aprofundada acerca do cabimento e dos limites do juízo administrativo – e da própria interferência do executivo – nas decisões do CSM de nomeação e organização de cargos diretivos e semi-diretivos exercidos por magistrados pode ser encontrada em estudo do professor Sando de Nardi (DE NARDI, 2014).

contudo sua figura se reveste de grande importância também na relação entre os poderes no âmbito da justiça.

A responsabilidade política pelo bom funcionamento do aparato judiciário, ou seja, dos serviços relativos à justiça e da organização judiciária, recai sobre os ombros do Ministro da Justiça. Em decorrência disso, o Régio Decreto n. 12, de 1941[38], prevê comunicação oficial do Ministro ao Parlamento, em sessão conjunta (Câmara dos Deputados e Senado da República), anualmente em até vinte dias após a data de início do ano judiciário, na qual deve apresentar e esclarecer a atuação do Ministério no âmbito da administração da justiça no ano anterior e, em relação ao ano que se inicia, as intervenções a serem adotadas a respeito da organização e dos serviços judiciários e os programas e diretrizes legislativas a respeito da matéria.

A mesma norma prevê, ainda, que nos dez dias subsequentes a essa comunicação, devem ser convocadas assembleias gerais na Corte de Cassação e em todas as Cortes de Apelação, as quais se reúnem em sessão pública e solene com participação dos órgãos institucionais, dos Procuradores-Gerais e dos representantes da advocacia, e cuja pauta é justamente a administração da justiça, encabeçada pelo Primeiro Presidente da Corte de Cassação e pelos Presidentes das Cortes de Apelação.

Os mais elevados encargos diretivos são exercidos por magistrados, como Chefe de Ofício Judiciário, Presidente de Tribunal e Presidente de Corte de Apelação, aos quais compete a administração direta do aparato judiciário correspondente, especialmente no âmbito de organização judiciária.

Ora, se ao Ministro da Justiça recai a responsabilidade política pelo eficiente funcionamento da justiça, e são magistrados os ocupantes dos principais cargos diretivos em âmbito regional ou local, é de decorrência lógica a previsão de que deve o Ministro participar da escolha e nomeação dos cargos diretivos judiciários. Esta a previsão da Lei n. 195/1958, que estabelece a regra de que a proposta de nomeação de magistrado a cargo

[38] A principal lei que regula o ordenamento judiciário é até hoje o *Regio Decreto 30 gennaio 1941 n. 12*, também chamado *Legge Grande*, mesmo que em grande parte modificado por inúmeras reformas no fim do século passado e em especial nos anos de 2006 e 2007. A VII Disposição Transitória, primeira parte, da Constituição estabeleceu que, até que fosse emanada nova lei de ordenamento judiciário em conformidade com a nova Carta Constitucional, continuariam a ser observadas as normas do ordenamento vigente. Uma vez que não foi promulgada uma nova lei nos termos traçados na Constituição, prossegue o régio decreto como diploma próprio das normas de ordenamento judiciário (SCARSELLI, 2013, p. 5-6).

diretivo judiciário deve ser feita pela Quinta Comissão do CSM em conjunto com o Ministro ao Plenário do CSM. Tal atuação do Ministro, consoante entendimento da Corte Constitucional, não é um parecer vinculante, nem mesmo um acordo, mas uma atividade de consulta em vistas a uma proposta comum[39]. Cabe à Corte Constitucional dirimir eventual conflito acerca da proposta de nomeação entre a Quinta Comissão do CSM e o Ministro da Justiça, uma vez configurar conflito de atribuição entre poderes do Estado[40].

Ao Parlamento compete a eleição e a nomeação dos membros leigos do Conselho Superior da Magistratura, consoante abordado no ponto anterior. Por óbvio, tal prerrogativa constitui forte atribuição no tocante à ingerência na administração da justiça, haja vista caber ao Legislativo a direta nomeação, a partir da votação realizada em seu ínterim, de um terço dos membros eletivos do órgão autônomo de governo da magistratura, o grande responsável pela organização da magistratura e consequentemente da própria efetividade da prestação jurisdicional no território italiano. A imposição de maioria qualificada na sessão bicameral força um acordo entre a maioria e a oposição, pois dificilmente conseguiriam isolados a necessária soma de três quintos dos votos, o que dificulta o domínio partidário do CSM pela coalizão de maioria e ainda a entrada de candidatos oportunistas de pouca notoriedade nacional, que poderia ser cingido ao cargo mediante volátil arremate político. O que passou a acontecer, normalmente, foi um ajeitamento das forças políticas a atribuir um número maior de vagas às forças de maioria, costumeiramente cinco representantes, e inferior às de oposição, normalmente três eleitos (SCARSELLI, 2013, p. 96).

Talvez a mais forte atribuição conferida ao Executivo e ao Legislativo no tocante ao Conselho Superior da Magistratura seja, todavia, a possibilidade de sua dissolução, mediante decreto do Presidente da República, ouvidos o Presidente do Senado e o da Câmara dos Deputados e o *Comitato di presidenza,* como abordado *supra*. Obviamente configura hipótese extrema e de raro acontecimento, porém talvez justamente nessas

[39] Corte Costituzionale, Sentenza 379/1992: [...] *non è un parere vincolante, neanche um accordo, è um'attività di concertazione finalizzata ala formulazione di una proposta comune.*

[40] O art. 134 fixa as competências da Corte Constitucional, dentre as quais "sobre conflitos de atribuição entre os poderes do Estado e sobre aqueles entre o Estado e as Regiões, e entre as Regiões" (tradução nossa). Do original: *La Corte costituzionale giudica: sulle controversie relative ala legittimità costituzionale delle leggi e degli atti, aventi forza di legge, dello Stato e delle Regioni; sui conflitti di attribuzione tra i poteri dello Stato e su quelli tra lo Stato e le Regioni, e tra le Regioni; sulle accuse promosse contro il Presidente della Repubblica, a norma della Costituzione.*

ocasiões excepcionais é que o papel e o poder do titular dessas atribuições ganhe ainda maior relevância, assim como o potencial efeito de sua ingerência no âmbito dos poderes do Estado.

Outra prerrogativa de relevo dos poderes Executivo e Legislativo consiste na escolha de juízes da Corte Constitucional, cujas quinze cadeiras têm a nomeação igualmente dividida entre os três poderes, de modo que cabe a nomeação de um terço dos membros ao Presidente da República, um terço ao Parlamento, em sessão bicameral, e um terço aos órgãos superiores da justiça ordinária e administrativa[41]. Essa nomeação é realizada de forma direta por cada poder, ou seja, não existe procedimentos de sabatina, veto ou composição de lista entre os poderes. Cada vez que fica vacante uma das cadeiras da Corte, a nomeação é feita diretamente por aquele que caiba oportunamente fazê-lo, conforme os parâmetros e requisitos estabelecidos no Título VI da segunda parte da Constituição da República Italiana.

Muito embora a Corte Constitucional não faça parte propriamente do Poder Judiciário, na Itália, e portanto não guarde relação direta com a organização e administração da justiça, denota órgão constitucional autônomo, indispensável para a configuração da forma de governo e para a consecução das finalidades do Estado indicadas na Constituição. Inegável, contudo, guardar ela estreita relação com a justiça, até por ter competência exclusiva para o juízo de constitucionalidade. Assim, apesar de não fazer parte do aparato judiciário propriamente dito, seu papel no âmbito da administração da justiça e na relação entre os poderes de Estado no tocante à matéria não pode ser ocultado.

Ante o exposto, a existência de atribuições, prerrogativas e possibilidades de atuação dos poderes Executivo e Legislativo no seio do Poder Judiciário e, mais especificamente, em matéria de organização judiciária e de administração da justiça fica evidenciada e destaca a forte preocupação incrustada na Constituição da Itália para com o efetivo funcionamento do aparato judiciário e da justa prestação jurisdicional, em que todos os poderes do Estado são chamados a trabalhar conjuntamente e a todos eles é distribuída certa dose de responsabilidade em relação a tais objetivos comuns.

[41] Costituzione, art. 135, comma 1: *La Corte Costituzionale è composta di quindici giudici nominati per un terzo dal Presidente della Repubblica, per un terzo dal Parlamento in seduta comune e per un terzo dalle supreme magistrature ordinaria ed amministrative.*

6 Considerações Finais

Diante da abordagem apresentada, em que se procurou, paralelamente à análise dos institutos jurídicos italianos norteadores das garantias da magistratura e da atividade judiciária, realçar os papéis fundamentais que todos os três poderes carregam no tocante à administração da justiça, temos presente que a tutela dos direitos fundamentais e a efetividade da prestação jurisdicional passam necessariamente por uma justa e correta organização, administração e fiscalização da justiça.

Talvez a maior legitimidade popular ao poder judiciário seja justamente a confiança na justiça. É recorrente nas faculdades de direito e tribunais italianos a máxima: "A administração da Justiça necessita da confiança da coletividade, mas não do seu consenso[42]". Ora, para tanto é indispensável que o aparato judicial se mostre não apenas capaz de realizar as funções que a Constituição o incumbe, mas sobretudo de fielmente responder ao dever republicano de independência e imparcialidade do juízo.

A análise das atuações dos Poderes Executivo e Legislativo, e destacadamente do Ministro da Justiça, é imprescindível para elucidar os mecanismos previstos no ordenamento italiano para o exercício da fiscalização sobre o aparato judiciário e, com tanto mais vigor, os mecanismos de atuação direta de tais poderes na própria administração da justiça, seja em decorrência da natureza inerente de suas funções, seja em decorrência de garantia constitucional a eventual ineficácia ou desvio da magistratura ou dos agentes responsáveis pela execução das atividades judiciárias.

Assim, a diversidade de previsões normativas e campos de atuação concreta, e principalmente a complexidade e diversidade de relações intrínsecas ao funcionamento do aparato judiciário e à tutela dos direitos fundamentais, que encontram na magistratura autônoma, independente e imparcial o seu constitucional garante, demonstram que o olhar pormenorizado sobre um tema por vezes pouco abordado em sua face jurídica, mas relegado deveras aos discursos políticos ou administrativos, pode proporcionar grandes impulsos e subsídios em prol de uma justiça mais autônoma, eficiente e garantidora dos direitos dos cidadãos.

[42] Tradução nossa, do original: *L'amministrazione della giustizia ha bisogno della fiducia della collettività, ma non del suo consenso.*

7 Referências Bibliográficas

ASPRELLA, Cristina. **L'opinione dissenziente del giudice**. Roma: Aracne Editrice, 2012.

BARTOLE, Sergio. **Il potere giudiziario**. 2.ed. Bolonha: Il Mulino, 2012.

CALAMANDREI, Piero. **Elogio dei giudici scritto da un avvocato**. 2.ed. Milão: Ponte alle Grazie, 2013.

DE NARDI, Sandro. CSM e Giudice Amministrativo: i nuovi limiti al sindacato giurisdizionale. **Cassazione Penale**, Milão, n. 07/08, p. 2393-2397 , jul./ago. 2014.

_____. **L'Ordine Giudiziario:** e il suo prestigio nel procedimento disciplinare. Pádua: CEDAM, 2002.

GAMBARO, Antonio; SACCO, Rodolfo. **Sistemi Giuridici Comparati.** 3.ed. Turim: UTET Giuridica, 2011.

ITÁLIA. **Costituzione della Repubblica Italiana**, 1948.

MARTINS, Nelson Juliano Schaefer. **Poderes do juiz no processo civil**. São Paulo: Dialética, 2004.

NAPOLITANO, Giorgio. **Sulla Giustizia**. Roma: Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, 2012.

POMODORO, Livia. **Manuale di Ordinamento Giudiziario.** 2.ed. Turim: G. Giappichelli Editore, 2013.

SCARSELLI, Giuliano. **Ordinamento giudiziario e forense**. 4.ed. Milão: Giuffrè, 2013.

A ATUAL LEGISLAÇÃO DE PROTEÇÃO INTELECTUAL PARA SOFTWARE NA RÚSSIA - CONCEITOS E ENTENDIMENTOS

Aline Azevedo Larroyed[*]
Luiz Otávio Pimentel[**]

Palavras-chave: Rússia; propriedade intelectual; direitos autorais; proteção de software.

Resumo: Embora a indústria de programas para computadores assuma uma importância cada vez mais central para o desenvolvimento competitivo, mais estudos acerca dela ainda são necessários no Brasil no âmbito acadêmico. São raros os dados e avaliações de legislações de outros países e os estudos comparativos que permitem enriquecer a visão de nossos posicionamentos a partir de outros parâmetros. Este artigo trata da legislação de proteção a software e bases de dados na Rússia. A escolha da Rússia deve-se a sua posição peculiar no sistema internacional de propriedade intelectual e a um histórico de resistência às regras internacionais. A Rússia possui alguns aspectos muito diferentes do Brasil, sobretudo em termos históricos, quanto à evolução da proteção aos programas de computador. No entanto, possui, também, fortes semelhanças, como a grande dificuldade encontrada no combate à contrafação e o descontrole sobre o uso de cópias ilegais e o comércio informal. Para tal pesquisa, foram utilizadas fontes primárias, como respostas a entrevistas com pauta prévia e documentos, bem como revisão de bibliografia sobre proteção de software na Rússia. Concluiu-se que a gradual adaptação da legislação russa aos padrões internacionais favoreceu uma indústria de software que tende a, cada vez mais, destacar-se no cenário internacional, mas que demanda atenção, sobretudo quanto à aplicação efetiva da atual legislação.

Keywords: Russia; intellectual property; Copyrights; software protection.

[*] Mestre, doutoranda no PPGD UFSC. Lattes: http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K4795540U1.
[**] Doutor. UFSC. Lattes: http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K4728955A7.

Abstract: Although the industry of computer software assumes an increasingly central role to the competitive development, there is more to be discussed about it in Brazil in the academic realm. Data and reviews of laws of other countries and comparative studies which enrich the vision of our placements by giving other analytical parameters are rare. This article deals with the laws protecting the software and databases in Russia. The choice of Russia dues to its peculiar position in the international intellectual property system and a history of resistance to international rules. In this sense, Russia has some very different aspects of Brazil, particularly in historical terms, as the evolution of law protection related to computer software. However, controversially, it has strong similarities, as the great difficulty in combating uncontrolled counterfeiting, informal trade and the vast use of illegal copies. For this research, we used primary sources such as interviews with previous questions, documental analysis, as well as a review of the literature on software protection in Russia. It was concluded that gradual adaptation of Russian legislation with international standards favoured a software industry that tends increasingly to stand out on the international stage, but that demand attention, especially regarding effective implementation of current legislation.

1 Introdução

A indústria de software é uma das mais importantes e emblemáticas para representar a evolução dos tratados internacionais de propriedade intelectual e das legislações nacionais deles decorrentes. Nesse contexto de discussão, o caso particular da Rússia merece destaque. A Rússia passou por diversas reformas na legislação pertinente à proteção ao software desde a Era Soviética, que refletiram, constantemente, fortes pressões internacionais em contraposição a posições de pertinaz resistência interna à proteção, marcada pela ideologia do acesso livre às criações intelectuais.

Nesse sentido, a Era Soviética caracterizou-se pelo controle do Estado sobre as criações intelectuais, o que, certamente, teve impacto nos diversos tipos de produção criativa. Tais peculiaridades fazem da Rússia um caso único, quanto à evolução da legislação de proteção ao software cuja avaliação pode enriquecer uma discussão mais geral sobre o

tema e ampliar o debate sobre países que seguiram caminhos mais "regulares" no atendimento a acordos e regras internacionais.

No esforço de avaliar a posição da Rússia quanto à proteção de software e bases de dados, elegemos a seguinte pergunta de partida: O que distingue a Rússia de outros países no processo de adaptação de sua legislação a regras internacionais? Temos, assim, como pano de fundo, o pressuposto de que o caso da Rússia se distingue do de países que não passaram pela experiência do socialismo e, por isso, pode oferecer pontos de vista alternativos sobre o papel das multinacionais na determinação de regras de proteção e sobre os efeitos da resistência à proteção em indústrias nacionais de software.

Em consequência a essa troca de regimes, pode-se dizer que a Rússia passou por constantes mudanças em sua legislação, e que houve uma evolução de um padrão que desfavorecia o autor em prol do Estado para um padrão em que o autor passou a ter ampla proteção a seus direitos, fundamentada em instrumentos cada vez mais eloquentes, de forma proporcional à diminuição do controle do Estado (Eugster, 2010).

No entanto, os autores que lidam com essa questão tendem a concordar que, embora os instrumentos legais tenham evoluído para um padrão elevado quanto ao cumprimento de exigências ocidentais, sua aplicação na Rússia ainda revela negligência e despreparo, sobretudo quanto a possibilidades de sanções a infratores.

O objetivo desse artigo é apresentar uma análise da evolução da legislação de proteção a software e bases de dados na Rússia desde a década de oitenta até os dias atuais. A partir da avaliação do caso da Rússia, podem-se estabelecer parâmetros de comparação para outras trajetórias nacionais, como é o caso do Brasil. Tal análise também é central para compreender soluções nacionais diante de acordos e regras estabelecidos internacionalmente, bem como o modo como essas questões são discutidas no âmbito de diferentes nações hoje.

A metodologia utilizada para a presente pesquisa fundamentou-se em: 1. Entrevista, por pauta, contendo tópicos centrais para caracterização da atual proteção por software na Rússia, com profissionais russos da área de direitos autorais e produção de software; 2. Análise de fontes primárias, especialmente documentos - leis, decretos, ordens, etc., alguns disponíveis apenas em língua russa, que compõem o arsenal jurídico relacionado à proteção de software; 3. Revisão bibliográfica de autores que trabalham com

o tema da evolução da legislação de software na Rússia. Na seção I, faz-se uma descrição da história da proteção de software na Rússia, desde a era soviética até os dias atuais. Na seção II, serão analisados documentos, atuais e anteriores, que compõem a proteção de software na Rússia. Na seção III, far-se-á uma comparação entre o conteúdo da legislação russa e o da legislação brasileira em relação à proteção de software. Na sessão IV, serão discutidos os resultados de entrevistas realizadas com profissionais russos que trabalham na área de direitos autorais ou na área de software e serão debatidas implicações da evolução do sistema de proteção de software na Rússia para o sistema internacional de propriedade intelectual.

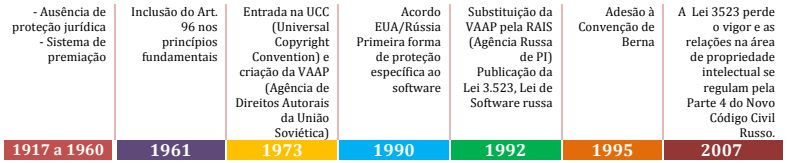
2 Sobre a história da proteção de software na Rússia desde a era soviética

O sistema de propriedade intelectual ilustra, de forma clara, na Rússia, o processo de mudança de regime e uma trajetória gradual de "ocidentalização", ou seja, de inserção em acordos e regras internacionais relacionados à indústria e comércio. Além disso, reflete mudanças crescentes em termos sociais, culturais e ideológicos, no que toca à produção científica e à produção criativa (BROADBENT, 1997, p. 533). Tal mudança não resultou de um processo espontâneo de adaptação, mas de uma demanda de inserção competitiva, aliada a fortes pressões internacionais.

O caso da proteção de software e bases de dados na Rússia não foi diferente. O programa de computador, na Rússia, possui natureza jurídica de direito autoral, ou seja, de obra intelectual, e não de propriedade industrial, sendo-lhe aplicável o regime jurídico atinente às obras literárias. Sendo assim, como foi o caso das obras literárias, refletiu uma relação em que o Estado foi perdendo poder e capacidade de controle, à medida que aumentava o nível de proteção aos titulares desses direitos. No caso do software, apenas na década de noventa, a Rússia reconheceu, expressamente, a necessidade de proteção.

A fim de ilustrar os principais fatos da história dos direitos de proteção a programas de computador e bases de dados na Rússia, traçamos uma linha do tempo, com base nos principais regramentos e instituições envolvidos:

Imagem 1: Linha do Tempo - Proteção de Software na Rússia



Fonte: a linha do tempo foi elaborada com base nas informações de Vermeer (1995)

O período que se estende entre 1917 e 1960 foi marcado pela ausência de proteção jurídica aos direitos autorais. Na Era Soviética, o Estado tinha controle sobre as obras e visava, principalmente, a sua "utilidade social". Não havia proteção aos direitos autorais, mas formas de "premiação" aos autores, como viagens internacionais, oportunidades de trabalho, condecorações, ou mesmo compensação financeira por suas criações. Os prêmios dados aos autores representavam o reconhecimento a seu talento e esforço, pela melhoria coletiva que proporcionavam, mas não permitiam que a atividade intelectual fosse vista como um meio de obter lucro. Nesse sentido, toda a Era Soviética caracterizou-se pela ampla gerência de conteúdo das obras e de seu processo de criação pelo Estado. As obras podiam ser vendidas ou traduzidas sem o consentimento do autor, o que também refletia a ideologia econômica socialista, já que se dava prioridade a seu resultado coletivo (BROADBENT, 1997).

A União Soviética, consequentemente, sofria fortes pressões ocidentais, porquanto distribuía cópias de obras estrangeiras sem negociar os royalties devidos de acordo com a legislação ocidental. A resposta a essas pressões

dada de modo gradual e paulatino, em pequenas doses. A primeira delas ocorreu em 1961, com a publicação de um artigo extra (Artigo 96) sobre direitos autorais como parte dos "Princípios Fundamentais da Legislação Civil". Com ele, a União Soviética dava

seus primeiros passos em direção à saída de um isolamento do sistema ocidental de propriedade intelectual (VERMEER, 1995, p. 149).

Isso feito, a legislação começa a refletir um equilíbrio entre os interesses pessoais do autor e os da sociedade, com o abandono progressivo da percepção socialista sobre os direitos autorais. Todavia, a existência desse primeiro instituto jurídico relacionado ao tema ainda permanece atrelada ao forte controle do Estado sobre o conteúdo, a publicação, a venda e as traduções de obras. As obras continuam sendo usadas sem consentimento do autor ou o pagamento a ele e ainda tinham de ser consideradas "socialmente úteis" para serem publicadas. As Editoras pertenciam ao Estado e, de acordo com suas diretrizes, dispunham de poder de censura e controle de conteúdo. Os direitos autorais tinham pouco valor econômico.

Em 1973, ocorre a entrada da União Soviética na Universal Copyright Convention (UCC), primeira adesão de fato à arena internacional. Tal medida é adotada em decorrência da necessidade de acompanhar os avanços tecnológicos do Ocidente e como resposta à grande pressão americana. Os Estados Unidos e a União Soviética assinaram, assim, nesse ano, acordo bilateral que obrigava a URSS a aderir à UCC em troca de benefícios fiscais substanciais concedidos pelos americanos. A adesão ofereceu melhorias aos titulares de direitos autorais, à medida que garantia reciprocidade com os sessenta países que faziam parte da Convenção. Resultou na revisão dos "Princípios Fundamentais da Legislação civil", abolindo a liberdade de tradução e estendendo a duração da proteção a quinze anos após a morte do autor. O tratamento dado aos autores de outros países era o mesmo que o dado aos nacionais, de acordo com as leis de cada país membro, conforme a Convenção. A entrada na UCC representou, para a URSS, a busca de obediência a padrões internacionais mínimos de proteção aos direitos autorais (Ibid., p. 151).

Ainda no ano de 1973, em resistência a essa abertura representada pela entrada na Convenção, o Governo Soviético criou a Agência de Direitos Autorais da União Soviética (VAAP: (*Vsesoiuznoe agentstvo po avtorskim pravam; Всесоюзное агентство по авторским правам, ВААП*), fundando-a logo após a adesão à UCC. A Agência era formada por membros do Governo com o objetivo de controlar as transações relacionadas à propriedade intelectual. Era munida de exclusividade para contratar editores estrangeiros e para coletar e distribuir os royalties. Do mesmo modo que as editoras soviéticas, pagava os

royalties de acordo com a "utilidade social" da obra. Ainda priorizava o acesso livre às obras criativas, em vez de o lucro gerado por elas (Ibid., p. 153).

Em junho de 1990, Mikhail Gorbachev e George Bush assinaram o Acordo de Comércio EUA/URSS. O Acordo previa a adoção de medidas para implementar as determinações da Convenção de Berna (EUGSTER., 2010, p. 155). Tais medidas incluíam a eliminação do registro como forma de proteção aos direitos autorais e a cobertura a qualquer tipo de produção criativa, além da prorrogação dos direitos até 50 anos após a morte do autor. Isso posto, representaram um radical avanço da legislação soviética em direção às bases ocidentais.

Ainda no ano de 1990, ocorreu a primeira forma de proteção a programas de computador e bases de dados na URSS, por meio de inclusão do tema nos "Princípios Fundamentais". É importante salientar que, à época, nem a Convenção de Berna nem a UCC cobriam de forma expressa os programas de computador e as bases de dados. O Acordo Comercial EUA/URSS determinou que a União Soviética incluísse essas formas de criação sob a legislação atinente às obras literárias. Até então, a União Soviética não havia sequer determinado se o software seria ou não objeto de proteção intelectual. Mais tarde, em 1991, a IIPA (*International Intellectual Property Alliance*) considerou a revisão dos "Princípios Fundamentais" ainda insuficiente quanto à proteção dos direitos autorais. O software ainda não havia sido incluído sob as regras referentes a direitos autorais e o Artigo 138 dos Princípios Fundamentais permitia o uso de cópias para fins pessoais e de investigação científica. Nesse período, ocorria a dissolução da União Soviética (Vermeer, ibid., p. 156).

Em 1992, o Presidente Boris Yeltsin determinou a substituição do VAAP pela RAIS (Agência Russa de Direitos Autorais - *Всесоюзное агентство по авторским правам, ВААП*), com foco no incentivo à proteção da criatividade em vez do foco em instrumentos de censura e controle pelo Estado. Os EUA e a Rússia reassinaram o Acordo de Comércio com vistas à elevação dos padrões de proteção intelectual (Ibid., p. 159).

Também em 1992, a primeira "Lei do Software" russa, a Lei Nº 3.523 (RÚSSIA, 1992), é publicada em resposta à pressão americana. É a primeira Lei específica para proteção de software e bases de dados e os considera sob a tutela dos direitos autorais. Considera os objetos de sua proteção independentemente de seu propósito ou mérito (Ibid, Art. 3º). Também pela primeira vez, a legislação russa define penalidades para a infração à

proteção de software (Ibid, Art. 18), além de possibilidades de diligências, como busca e apreensão (Ibid, Art. 18). Havia, ainda, previsão para ação de perdas e danos (Ibid, Art. 18). A Lei 3.523, no entanto, não cobria expressamente os programas e bases de dados produzidos ou copiados antes de sua publicação, o que foi objeto de crítica dos Estados Unidos. No entanto, o instrumento jurídico continuou permitindo o uso de cópias produzidas ilegalmente antes de sua publicação para fins pessoais e científicos. A Lei do Software passou por revisões em 2002, 2004 e 2006.

Em 1993, o Presidente Yeltsin publica o Decreto 127, dissolvendo a RAIS e reconhecendo uma sociedade criada paralelamente por autores, a RAO (*Russian Author's Organization - Российский Союз правообладателей*) como instituição oficial responsável pelos direitos autorais. Em março, de 1995, a Rússia adere à Convenção de Berna, após Decreto do Presidente dando três meses para que o RAO adaptasse a legislação. A pressão americana por um nível mais rígido de proteção continua (VERMEER, ibid., p. 166).

Mais tarde, em dezembro de 2007, a Lei 3523 perde o vigor e, desde então, as relações na área de propriedade intelectual se regulam pela Parte 4 do Novo Código Civil Russo. Consolidam-se associações coletivas de autores e criadores de software desvinculadas ao Estado, que passam a interferir nas transações relacionadas à propriedade intelectual.

3 A atual legislação russa de proteção ao software

Os direitos de proteção de software na Rússia, conforme se relatou na seção anterior, sempre foram regulados em associação aos direitos autorais. Sendo assim, caminhou-se, com eles, da lógica comunista à ordem capitalista, mantendo incoerências e paradoxos advindos de sua evolução histórica. Em 1994, o Código Civil, logo após a dissolução da União Soviética, passou a considerar a atividade intelectual como determinante de direitos exclusivos de seu autor ou inventor[1]. Desde 2006 [2], a proteção de software ganhou força a partir de sua inclusão no Código Civil Russo (RUSSIA, 1961).

[1] Art. 38.
[2] A primeira parte do Novo Código Civil Russo foi publicada em 1994; a segunda, em 1996; a terceira, em 2001; a quarta, que diz respeito aos direitos autorais, em 2006. A Lei 3523 perde o vigor em 2007.

A proteção ao software começa a partir de sua definição. Assim, conforme a Parte IV do referido Código:

> (...) um programa de computador é uma totalidade de dados e comandos apresentados de forma objetiva e voltados para o funcionamento de um computador ou de outras instalações de computador com o propósito de obter um resultado específico, incluindo materiais preparatórios obtidos no curso do desenvolvimento do programa e representações audiovisuais geradas por ele.[3]

Os direitos morais também são objeto de proteção para criadores de software, reservados os direitos ao nome, à autoria, bem como o direito à proteção da privacidade do autor. Portanto, o Código Civil russo faz diferença entre os proprietários, que adquiriram os direitos por licença ou herança, e os titulares de direitos pessoais não exclusivos. Conforme o Artigo 1228:

> A autoria e o nome do autor são protegidos perpetuamente. Após a morte do autor, a proteção de sua autoria e ao nome pode ser mantida por qualquer pessoa interessada, salvo nos casos previstos no § 2º do artigo 1267 e parágrafo 2 º do artigo 1.316 do presente Código.[4]

Os direitos à proteção de software e bases de dados se estendem a estrangeiros, o que inclui pessoas jurídicas. Porém, na Rússia, a Lei, embora admita a proteção para pessoas jurídicas, reconhece, na prática, como autores, apenas pessoas físicas. O escopo de proteção abrange, mais especificamente, a obras existentes no território da Rússia, não importando a cidadania do autor ou de sucessores, e, ainda, aquelas publicadas fora da Rússia por cidadão russo ou em país signatário dos acordos internacionais de que a Rússia faz parte (SKOBLO, 2002). O Código Civil assegura o direito de proteção mesmo a autores sem cidadania. Conforme o Art. 1336:

> O direito exclusivo do fabricante de uma base de dados deve ser efetivo no território da Federação da Rússia, nos seguintes casos: Quando o criador do banco de dados é um cidadão da Federação da Rússia ou uma pessoa coletiva russa; Quando o criador do banco de dados é um cidadão estrangeiro ou uma pessoa jurídica estrangeira com a condição de que a legislação do respectivo Estado estrangeiro disponibiliza em seu território proteção para o direito exclusivo do fabricante de bases de dados que seja um cidadão da Federação Russa Federação ou uma pessoa coletiva russa; Nos demais casos previstos pelos tratados internacionais da Federação da Rússia. 2. Se o criador do banco de dados é uma pessoa sem cidadania, independente de essa pessoa ter o seu local de residência no território da Federação da Rússia ou no território de um Estado estrangeiro, as regras do § 1 º do presente artigo, relativo aos cidadãos da Federação da Rússia ou aos cidadãos estrangeiros deve ser aplicada proporcionalmente.

[3] Art. 1261.
[4] Casos em que a proteção ao nome é exercida pelos herdeiros, quando há morte ou recusa de pessoa designada para isso.

O registro, por sua vez, não é pré-requisito para a proteção, podendo ser feito a critério do autor, para fins, por exemplo, de segurança jurídica. Os direitos autorais se iniciam a partir da data de criação do programa ou base de dados. No casos do software e da base de dados, o registro é realizado no Serviço Federal de Propriedade Intelectual - Rospatent (Federálnaia Slújba po intelectualni sobstvénoi, *Федеральная служба по интеллектуальной собственности - Роспатент*), no Departamento de Computadores e Bases de Dados, de acordo com a Ordem Nº 324. O registro deve conter informações como o nome do autor, caso ele não se recuse a expô-lo, e/ou do titular dos direitos, de seu lugar de residência, material de identificação do programa ou base de dados, o que inclui um resumo, e documento confirmando o pagamento da taxa de registro. Feito o registro, os dados são publicados no Boletim Oficial do Rospatent, ou seja, não são mantidos em sigilo.

O direito exclusivo de proteção para software e bases de dados na Rússia é o mesmo que o definido para obras literárias, setenta anos a partir de primeiro de janeiro do ano seguinte ao ano da morte do autor. Ele se estende para co-autores. No caso de programas criados sob pseudônimo ou anonimamente, o direito é válido por setenta anos a partir de primeiro de janeiro do ano seguinte ao ano em que foi tornada pública a autoria.

Conforme Skoblo (2002), a Lei 3523 já responsabilizava o infrator civil, criminal e administrativamente, e mesmo as cópias de programas nunca protegidos podiam ser consideradas ilegais:

> Uma pessoa física ou jurídica que não cumprir os requisitos de lei de direitos autorais é considerada um infrator, e cópias de obras cuja fabricação ou distribuição implique violação de direitos autorais são consideradas cópias piratas. Além disso, cópias de obras protegidas pela Lei de Direitos Autorais e importadas sem o consentimento dos proprietários dos direitos de autor para a Federação Russa do país em que tais obras nunca foram protegidas ou deixaram de ser protegidas são, também, consideradas cópias ilegais.

O Artigo 1302, do Código Civil, estabelece regras para a ação penal e sobre diligências, como busca e apreensão. Ele prevê proibição de proceder com ações de criação,

reprodução ou venda, a pessoa suspeita de infração. Prevê, ainda, a proibição de armazenamento ou posse de cópias supostamente falsificadas.

> O tribunal pode impor a apreensão de todos os exemplares de uma obra suspeita de ser falsificada e, também, dos materiais e equipamentos utilizados ou destinados a sua criação ou reprodução. Na presença de dados suficientes sobre a violação de direitos autorais dos corpos de inquérito ou investigação, será obrigado a impor medidas para a descoberta e apreensão de exemplares de uma obra em relação à qual se supõe que sejam falsificados e, também, de materiais e equipamentos utilizados ou destinados à criação ou reprodução das cópias acima referidas da obra, incluindo, em casos necessários medidas para a sua apreensão e transferência para o devido armazenamento.

A Lei russa possui, também, previsão quanto a programas criados por empregados, bolsistas, ou na vigência de contratos de serviços. A criação do empregado deve ser considerada de autoria do empregado; no entanto, o direito de exclusivo sobre a criação pertence ao empregador, salvo quando o contrato de trabalho dispõe em contrário. O funcionário deve notificar por escrito a criação, derivação ou descoberta.[5] O artigo 1430 prevê que as criações, derivações e descobertas de um empregado na atribuição de suas funções devem ser consideradas como de sua autoria. No caso de contrato, o direito de exclusivo pertence ao cliente.

A atual legislação russa de proteção ao software, como se vê, avançou em relação aos parâmetros internacionais de proteção. Destarte, pode ser lida a partir de traços de sua história, que refletem, também, questões políticas, ideológicas e culturais. Ela se transformou a partir de um movimento paradoxal, em meio à tensão entre a pressão americana e a resistência interna do regime comunista. A entrada da Rússia numa economia de mercado, nesse sentido, complana-se, na verdade, com a história de sua entrada no regime ocidental de proteção intelectual. Trata-se de um sistema jurídico que, ao mesmo tempo que garante os direitos intelectuais de autores, de forma rígida e detalhada, prevê trabalhos forçados como tipo de penalidade à violação dos direitos e permite brechas para a pesquisa com cópias ilegais para fins de desenvolvimento nacional.

[5] Art. 1430

4 Proteção do software no Brasil e na Rússia - diferenças e semelhanças

O regime de proteção de software, tanto na Rússia quanto no Brasil, é o mesmo das obras literárias. No entanto, no Brasil, embora a concessão de patentes seja vedada pela Lei Nº 9279 (BRASIL, 1996), que reza que programas de computador em si não são considerados invenções ou modelos de utilidade[6], há possibilidade, de acordo com o modelo jurídico brasileiro, de permissão à patenteabilidade de software, quando este dispuser de atividade inventiva. No caso da Rússia, não há esse tipo de previsão.

Pelo contrário, a legislação russa apenas atendeu a padrões mínimos de proteção de software por direitos autorais após um longo processo de negociação, e os atendeu a conta gotas. Além disso, o debate, em revistas e sítios especializados, gira em torno das vantagens e razões da proteção por direitos de autor e das desvantagens da adoção de proteção por patentes, como o tempo para a concessão do pedido, o alto custo e a necessidade de depósito em vários países.

A Rússia apresentou-se, historicamente, mais resistente ao regime de proteção ao software que o Brasil. Contudo, o prazo de proteção na Rússia, hoje, garantido pela Lei, é de 70 anos, a partir de 1º de janeiro após a morte do autor (RUSSIA, ibid., art. 1281). Sendo assim é maior que o prazo de proteção no Brasil, de 50 anos a partir de 1º de janeiro do ano subsequente ao de sua publicação ou criação (BRASIL, 1998a, art. 2º, § 2º).

Quanto ao registro, o Código Civil russo também é mais incisivo, em seu texto, que a Lei Nº 9.609/98, no Brasil, porquanto o primeiro dispensa o registro *ou observância de quaisquer outras formalidades*, enquanto a última apenas define que a proteção dos direitos independe de registro (Art. 2º § 3º). O local de registro, no Brasil - no momento, o INPI - é regulamentado pelo Decreto Nº 2.556 (BRASIL, 1998b), sendo que o Código Civil da Rússia determina como local de registro a Instituição Federal de Propriedade Intelectual (atualmente, o *Rospatent*). O conteúdo do pedido de registro é, praticamente, o mesmo nos dois países, sendo que as informações necessárias são detalhadas pela Ordem nº 324, no caso da Rússia. As informações do pedido são de caráter sigiloso, no Brasil; na Rússia, ao contrário, são publicadas em boletim oficial. O Código Civil especifica, ainda, que o

[6] Ibid., Art. 10

programa ou a base de dados que contenha informação caracterizada como segredo de Estado não pode ser objeto de registro (RUSSIA, ibid., art. 1262).

A legislação russa é muito mais prolixa e pormenorizada que a brasileira em todos os aspectos avaliados. No caso de proteção a direitos de estrangeiros, por exemplo, descreve diversas situações, que incluem, conforme mencionado na seção anterior, o de estrangeiros residentes no país, russos residentes no exterior e até mesmo pessoas sem cidadania (Ibid., art. 1336). A legislação brasileira versa apenas que os direitos de proteção *ficam assegurados aos estrangeiros domiciliados no exterior, desde que o país de origem do programa concenda aos brasileiros e estrangeiros domiciliados no Brasil, direitos equivalentes* (BRASIL, 1998ª, art. 2º § 4º).

O aluguel comercial é um dos poderes pertinentes aos direitos exclusivos do programa ou base de dados, em ambos os casos. Já para contratos de licença, a legislação russa é, mais uma vez, bem mais circunstanciada que a brasileira, ao tratar de prazo de cumprimento do contrato, possibilidades de renúncia sem remuneração, cumprimento de termo inicial, possibilidades de rescisão, compensação (no caso de contrato de encomenda), entre outros (RUSSIA, ibid., art. 1287).

Quanto a infrações e penalidades, as condições impostas pela Federação Russa são definidas pelo Código Penal (RUSSIA, 1996), no Artigo 146; pelo Código de Infrações Administrativas, no Artigo 7, e no próprio Código Civil, (Ibid., art. 1301), em que, mais uma vez, aparecem bem mais esmiuçadas que na legislação brasileira. As penalidades impostas pelo Código Penal russo são mais duras que aquelas descritas na Lei do Software, no Brasil. A pena máxima imposta na Rússia é remetida a situações que incluem grupos organizados, larga escala, ou, ainda, uma pessoa que use de sua posição oficial para cometer o crime. A pena é de cinco anos de trabalho forçado ou de seis anos de prisão, além do pagamento de multa. A pena máxima, no Brasil, é de detenção de um a quatro anos e multa (BRASIL, 1998a).

Em ambas as legislações, existem regras sobre diligências, como busca e apreensão, previsão de ação de perdas e danos e medidas para proibir aos infratores a prática de violação dos direitos aqui descritos. O Código russo, também quanto a esses pontos, é mais detalhado, especificando, por exemplo, que se possa apreender *todos os exemplares de obra suspeita de falsificação ou proibir pessoa suspeita de proceder com ações específicas* (RUSSIA, 1961, art. 1302). A Lei brasileira prevê, apenas, que as diligências de busca e apreensão sejam precedidas de vistoria, sendo que é facultado ao juiz ordenar a busca e apreensão das cópias ilegais (BRASIL, 1998, p. 13).

O Código Civil russo faz algumas concessões ao uso livre de software, mais precisamente, no Artigo 1280, que trata da reprodução livre de programas e bases de dados e da descompilação de programas de computador. Essas incluem, por exemplo, a descompilação para fins de interoperabilidade, ou aprender ou explorar o funcionamento para determinar ideias e princípios. O mesmo não ocorre com a Lei do Software brasileira, em que não há nenhum tipo de previsão para o uso livre. A parte IV do Código Civil russo é bem mais recente que a Lei Nº 9609, de 1998. Aquela foi publicada em 2007, e revogou a Lei 3.323, de 1992; enquanto esta foi publicada em 1998 e revogou a Lei 7.646, de 1987.

5 O que a evolução da proteção ao software na Rússia tem a ensinar

A história da propriedade intelectual na Rússia, bem como da proteção do software, tem características bastante diferentes da história da PI no Brasil. Trata-se, sobretudo, embora sem julgamentos precipitados de valor, de uma história de resistência ao poder hegemônico norte-americano e a pressões exercidas por multinacionais. Cada passo adiante que se tomava em torno da proteção intelectual, ou da proteção de direitos autorais, ou, no que aqui nos interessa, da proteção de software ocorria, com vistas a negociações comerciais, partindo de uma demanda coercitiva dos Estados Unidos. Mudava-se, por conseguinte, paulatinamente, o aparato jurídico de proteção, em razão da insatisfação contínua, dos Estados Unidos, ou melhor, de grandes empresas americanas, com a situação da propriedade intelectual na Rússia. O estudo de Vermeer (1995) torna claro o tipo de motivação que levou os Estados Unidos a pressionar a Rússia, ao longo de décadas, para aderir a tratados e adequar sua legislação a parâmetros ocidentais:

> Em fevereiro de 1973, a União Soviética entrou na arena internacional de proteção de direitos autorais e tornou-se signatária da Convenção Universal de Direitos Autorais (*Universal Copyright Convention* - UCC). Este movimento foi motivado tanto pela necessidade de manter o ritmo e obter o acesso aos avanços tecnológicos no Ocidente quanto pela pressão política crescente dos Estados Unidos, cujos autores estavam perdendo dinheiro porque seus direitos autorais não foram reconhecidos pelos soviéticos.

> (p.151) (...) O sucesso relatado de efeitos antipirataria das leis têm produzido efeitos diversos. Segundo a Microsoft, as vendas legítimas aumentaram e o mercado de software está crescendo em ritmo acelerado. Somente as vendas da Microsoft aumentaram 1.000% entre julho de 1993 e junho de 1994, e os russos agora passaram a gastar mais de U$ 1 milhão em software licenciado a cada mês. Na opinião do diretor-geral da empresa em Moscou, "a Rússia ainda é uma superpotência da pirataria, mas isso já mudou notavelmente" (ibid., p. 171) [7]

É inegável a relação entre a pressão sofrida e as monumentais cifras geradas pelo pagamento de royalties às empresas interessadas. A partir da dissolução da União Soviética, as concessões aumentaram. No entanto, nem os Estados Unidos estão, hoje, enfim, satisfeitos com o posicionamento da Rússia nem a legislação russa deixou de conter marcas notórias da ideologia que a moveu no passado. A própria legislação representa evidência de que o Estado russo continua exercendo, de forma incisiva, suas prerrogativas de mando, quanto ao controle da produção científica e tecnológica e, ao mesmo tempo, continua interferindo, fortemente, nos processos e na estruturação de pesquisas na área de software. Teria havido uma estratégia no processo de resistência paulatina e, agora, na rígida legislação adotada?

A Parte IV do Código Civil, ao mesmo tempo que, semelhante a estratégias anteriores, acalmou, em parte, o desagrado americano, serve à mão forte do Estado russo, ao permitir, por exemplo, exceções à proteção para fins múltiplos, que nada mais são que uma nova redação da Lei 3523 (RUSSIA, 1992), que previa o uso livre do software para fins pessoais e científicos. Ora, o Artigo 1280 do Código Civil nada mais é que uma releitura dessa permissão, trocando a expressão por "aprender e explorar".

Outra evidência da antiga face da URSS com nova pintura é a pena de trabalhos forçados para quem, entre outras previsões, usar de posição oficial para violar os direitos de proteção ao software. A pena típica para infiéis ao regime na União Soviética era a permanência em campos de trabalho forçado. O conteúdo do artigo, portanto, faz lembrar

[7] Tradução, do inglês, desta autora. No original: *In February 1973, the Soviet Union entered the international arena of copyright protection and became a signatory to the Universal Copyright Convention (UCC). This move was motivated both by the need to keep pace with and obtain access to technological advances in the West, and by the mounting political pressure from the United States, whose authors were losing money because their copyrights were not recognized by the Soviets. (p.151) (...) The reported success of the laws' antipiracy effects has been mixed. According to Microsoft, legitimate sales have increased and the software market is growing at rapid pace. Microsoft sales alone increased 1000% between July 1993 and June 1994, and Russians now spend over $1 million on licensed software each month. In the opinion of the company's managing director in Moscow, "Russia is still a superpower of piracy, but it's getting much better.*

reações à desobediência ao Governo Soviético, ou seja, a desobediência aos interesses do Estado. Levando em consideração que o Governo russo ainda intervém e é responsável pela subvenção de boa parte da pesquisa na Rússia, e que mantém o controle sobre seus resultados e perspectivas, os novos tempos misturam velhas maneiras de estruturar o Estado a um novo jeito de lidar com ciência e tecnologia: a finalidade de inserção no mercado.

A pesquisa em software avançou extraordinariamente na Rússia nas últimas décadas. Seria o avanço dessa indústria o resultado de um aprendizado permitido pelo atraso na proteção, ou seja, a resistência às imposições americanas? Tal seria, nesse caso, uma estratégia oposta à usada no Brasil, para a proteção do software, e semelhante à de países que primeiro imitaram para, depois de um processo de aprendizado, reinserirem-se no sistema internacional de propriedade intelectual a partir dos principais acordos, como é o caso da China e de sua entrada tardia na OMC. [8]

A ideologia comunista em relação às criações intelectuais era controversa, apresentando um lado muito atraente e positivo e outro muito negativo. A mão de ferro do Estado Soviético, ao atrelar toda a produção intelectual à vontade do Estado, impediu que gerações de pensadores se manifestassem. Por outro lado, ao facilitar o acesso à leitura, à pesquisa e à educação, permitiu que populações inteiras alcançassem um nível invejável de formação intelectual e científica. A evolução dos direitos de proteção na Rússia ilustra, de forma emblemática, a preocupação de alguns autores com o atual sistema internacional de propriedade intelectual, como é o caso de Ascenção (2003, p. 25):

> Mas se se abandonam todas as considerações qualitativas e o critério passa a ser dado pelo mercado; se os entes públicos se demitem de qualquer função orientadora; então a informação será produto de supermercado, mas não conduzirá a uma sociedade de conhecimento ou ao desenvolvimento da cultura.

No caso da rápida adaptação russa ao capitalismo, aliar novas e velhas estratégias, pelo menos no que toca à indústria de software, parece estar funcionando. O número de registros de programas de computador é cerca de dez vezes maior que o do Brasil se pode

[8] A obra de Há-Joon Chang (2004) descreve as dificuldades de os países em desenvolvimento se adaptarem a tendências de enrijecimento do sistema internacional de propriedade intelectual em vista da importância da imitação para seu desenvolvimento industrial.

verificar nos exemplos abaixo. O número de empresas importantes na área cresce, surpreendentemente, também.

Imagem 2: Número de Registros de Programas de Computadores, Bases de Dados e Topograficas de Circuitos Integrados

Types of the results of intellectual activity	2008	2009	2010	2011	2012
Computer Programs	6086	7057	8073	9700	11471
Databases	441	609	733	891	1332
Topographies of Integrated Circuits	66	45	110	108	176

Fonte: Annual Report of Rospatent - Number of Registered Computer Programs, Databases, Topographies of Integrated Circuits in 2008–2012, disponível em http://www.rupto.ru/rupto/portal/0467deba-a670-11e2-c002-9c8e9921fb2c?lang=en

Imagem 3: Evolução dos Registros de Software no Brasil

Instituto Nacional da Propriedade Industrial - INPI
Coordenação-Geral de Planejamento e Orçamento - CGPO

Depósito de Programa de Computador por Estado

ESTADOS (UF)	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011
Alagoas										2	3	3
Amazonas	3	2		3	3	2	4				1	3
Bahia	13	12	11	11	22	10	9	3	13	12	10	35
Ceará									12	8	16	18
Distrito Federal									42	38	34	32
Espírito Santo	9	8	4	6	10	4	4	6	1	2	5	40
Goiás									4	13	11	7
Maranhão											5	8
Minas Gerais	115	80	81	55	50	68	58	59	51	68	95	127
Mato Grosso do Sul									1	5	1	
Mato Grosso									44	4	2	5
Pará									3	4	1	4
Paraíba									11	3	9	8
Paraná	34	27	36	52	42	39	30	43	45	49	63	41
Pernambuco	3	8	8	12	9	8	9	4		9	19	12
Piauí											2	10
Rio de Janeiro	170	176	145	196	236	136	181	250	195	237	372	375
Rio Grande do Norte									10	6	5	2
Rio Grande do Sul	33	23	47	54	72	35	37	61	48	56	56	68
Santa Catarina	41	21	27	34	30	52	44	23	33	35	64	64
São Paulo	177	213	275	300	247	258	258	179	288	365	391	399
Sergipe									1	2	4	16
Tocantins										3	3	1
Demais Estados	65	39	69	58	73	74	60	58				
Empresas Estrangeiras	11	5		1	4	6	2					4
TOTAL	**663**	**609**	**703**	**781**	**794**	**686**	**694**	**686**	**802**	**921**	**1.172**	**1.252**

Fonte: Banco de Dados do INPI
Atualizado: janeiro/2012

Fonte: Portal do INPI

Muitas empresas desenvolvem e exportam software, na Rússia, atualmente. Há, por exemplo, departamentos especializados em negociar com as diversas regiões do mundo, incluindo a América Latina, como é o caso da Acronis e da Kasperski. Também há grandes investimentos do Governo Russo em pesquisa na área. As universidades possuem centros de desenvolvimento de software. A Biblioteca da Universidade de Moscou conta com um dos maiores departamentos especializados em produção de software para bibliotecas, o que inclui pesquisas em computação em nuvem para catalogação de material bibliográfico e produção de programas disponíveis para licenciamento. Um dos principais projetos desenvolvidos com base em computação em nuvem chama-se Biblioteca Fundamental ("fundamentálnaia biblioteca" - *фундаментальная библиотека*).

Entre as maiores empresas de software na Rússia, estão a 1C, especializada em automatização, gestão de dados e desenvolvimento de jogos de computador; a ABBYY, em dicionários eletrônicos e reconhecimento ótico de caracteres; a Acronis (russo-americana), em gestão de discos duros, armazenamento e recuperação de dados, restauração e backups de imagens e gestão de partições; o Laboratório Kasperski, em antivírus e firewalls; a Doctor Web, também em antivírus e firewalls; e a CBOSS, especializada em sistemas de billing para operadores móveis e provedores de internet.

6 Considerações Finais

O grande crescimento da indústria de software na Rússia pode ser resultado de sua resistência à pressão americana acerca da adequação de sua legislação a parâmetros internacionais. À medida que suas leis se adaptavam, pouco a pouco, a esses parâmetros, deixavam, também, brechas para a possibilidade de uso de cópias sem o consentimento de seus autores para fins de pesquisa, mantendo, em parte, a ideologia socialista de que o conhecimento é válido se for útil socialmente. Tal lógica, no entanto, causava grandes perdas econômicas, sobretudo à indústria americana, que promoveu, indiretamente, vários momentos de mudança na legislação russa. A Parte IV do Código Civil, que trata da proteção de direitos autorais, introduzida em 2007, em resposta a mais uma exigência

americana, também abre a brecha para o uso livre do software para fins de exploração e aprendizado.

Nesse sentido, a evolução da proteção do software na Rússia traz algumas lições. A resistência a processos mais rígidos de proteção e a negociação em favor das necessidades nacionais podem ser benéficas à indústria de software de países em desenvolvimento. A intervenção e o controle do Estado sobre a pesquisa e seus resultados também podem representar consequências positivas à sociedade. Padrões mais rígidos de proteção são bem-vindos, em nível nacional, apenas quando a indústria local já tomou certo fôlego em relação a seu desenvolvimento. Por fim, a máxima de que a criação intelectual só tem valor à medida de sua utilidade social pode ser relida, sob diversas perspectivas, no debate atual sobre a propriedade intelectual.

7 Referências Bibliográficas

ASCENÇÃO, J. O.. Propriedade Intelectual e Internet. In: **II CIBERÉTICA**, 2003, Florianópolis. Disponível em: http://www.fd.ul.pt/Portals/0/Docs/Institutos/ICJ/LusCommune/AscensaoJoseOliveira1.pdf

BRASIL, **Lei Nº 9.279, de 14 de maio de 1996**. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial.

BRASIL, **Lei Nº 9.609, de 19 de fevereiro de 1998a**. Dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País, e dá outras providências.

BRASIL, **Decreto Nº 2.556, de 20 de abril de 1998b.** Regulamenta o registro previsto no art. 3º da Lei nº 9.609, de 19 de fevereiro de 1998, que dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País, e dá outras providências.

BROADBENT, C. & MCMILLIAN, A.. Russia and the World Trade Organization: Will TRIPS be a stumbling block to accession? **Duke Journal of Comparative & International Law.** Vol. 8:519, 1997.

CHANG, H.. **Chutando a escada: a estratégia do desenvolvimento em perspectiva histórica.** São Paulo: Editora UNESP, 2004.

EUGSTER, E.. Evolution and enforcement of intellectual property law in Russia**. Washington University Global Studies Law Review**, v. 9, n. 1, pp. 131 a 151, 2010.

O'CONNOR, Thomas. Development of intellectual property laws for the Russian Federation. **Journal of Business Research**, v. 64, 2011.

RUSSIA, **Computer Software and Database Protection Act, RF Supreme Soviet Decree No. 3525-1, Sept. 23, 1992**, available from: WESTLAW, RUSLINE Database [hereinafter Computer Software Law]. RUSSIA, **Fundamental Principles of Civil Legislation of the U.S.S.R. and Union Republics, 1961, reviewed in 2006.** Available from: http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=6775

RUSSIA, **The Criminal Code Of The Russian Federation.** Adopted by the State Duma on May 24, 1996. Adopted by the Federation Council on June 5, 1996. Federal Law No. 64-FZ of June 13, 1996 on the Enforcement of the Criminal Code of the Russian Federation.

RUSSIA, **Code Of Administrative Offences Of The Russian Federation No. 195-fz of december 30, 2001** (with the Amendments and Additions of April 25, December 31, 2002, June 30, July 4, November 11, December 8, 2003, April 25, 2002) Adopted by the State Duma on December 20, 2001 Endorsed by the Council of Federation on December 26, 2001.

SKOBLO, A. & HERTZFELD, S.. Copyright Law - Russian Federation. **Computer Law & Security Report**. V. 18, n. 1 2002.

VERMEER, M.. A new era in Russian copyright law: protecting computer software in the post-Soviet Russian Federation**. Transnat'l L. & Contemp. Probs.,** 1995.

A DEMOCRACIA PARTICIPATIVA NO BRASIL: UMA ANÁLISE DE SUA INSTRUMENTALIZAÇÃO PARA A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS DA CRIANÇA E ADOLESCENTE

Juliana Paganini[*]

Palavras-chave: Adolescente; criança; democracia participativa.

Resumo: As crianças e os adolescentes foram historicamente excluídos da condição de sujeitos de direitos nos textos constitucionais anteriores a Constituição Federal de 1988. Ademais, tais documentos não oportunizaram a utilização da participação popular na formulação e avaliação das políticas públicas. Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, ocorreu um rompimento com esse modelo, adotando-se com fulcro na concepção de Estado Democrático de Direito a participação popular na construção e no acompanhamento da execução das políticas públicas formuladas pelo Estado brasileiro. O Direito da Criança e do Adolescente instituiu-se neste contexto criando mecanismos para a garantia de direitos e manifestando-se pela oportunidade de participação direta da comunidade na deliberação das políticas públicas e ainda na escolha de representantes nos órgãos responsáveis pelas políticas públicas de atendimento e proteção aos direitos da criança e do adolescente. O presente trabalho possui como objetivo analisar o tema da democracia participativa na Constituição Federal de 1988, estudar os fundamentos teóricos do Direito da Criança e do Adolescente com base na teoria da proteção integral; identificar os instrumentos de democracia participativa no sistema de garantias dos direitos da criança e do adolescente; investigar a percepção dos operadores do sistema de garantias de direitos da criança e do adolescente sobre os instrumentos de democracia participativa. O método de abordagem foi o dedutivo e o método de procedimento monográfico. Para o desenvolvimento da pesquisa considera-se o instrumental teórico co-relacionando com os estudos sobre direito da criança e do adolescente e democracia participativa. O

[*] Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Socioeconômico da UNESC. Bacharel em Direito pela UNESC. Pesquisadora do Núcleo de Estudos em Estado, Política e Direito (NUPED/UNESC).
Lattes: http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K4273015D5.

levantamento bibliográfico tem por base de dados as bibliotecas da UNESC e UFSC. O tema proposto tem profunda relevância social uma vez que a ampliação da base de conhecimento sobre o tema da democracia participativa no sistema de garantias de direitos da criança e adolescente visa instrumentalizar os operadores, alcançando-se, assim, maior legitimidade na atuação e formulação de políticas públicas de atendimento, proteção, promoção e justiça.

Keywords: Teenager; child; participatory democracy.

Abstract: Children and adolescents have been historically excluded from the subjects of rights condition in previous constitutions the Federal Constitution of 1988. In addition, such documents are not oportunizaram the use of popular participation in the formulation and evaluation of public policies. With the enactment of the 1988 Federal Constitution, there was a break with that model, adopting with fulcrum in designing democratic state popular participation in construction and monitoring the implementation of public policies formulated by the Brazilian State. The Rights of Children and Adolescents was instituted in this regard by creating mechanisms to guarantee rights and manifesting the opportunity to direct community participation in the deliberation of public policies and even in the choice of representatives in the organs responsible for public policy and service protection of the rights of children and adolescents. This work aims to analyze the theme of participatory democracy in the Brazilian Constitution, study the theoretical foundations of the Rights of Children and Adolescents on the theory of comprehensive protection; identify participatory democracy instruments on children's rights guarantee system and adolescents; investigate the perception of operators of child rights guarantee system and adolescents on the instruments of participatory democracy. The method was deductive approach and the method of monographic procedure. For the development of research is considered the co-relating with theoretical instrumental studies of right of children and adolescents and participatory democracy. The literature has the database libraries of UNESC and UFSC. The proposed theme has profound social relevance since the expansion of the knowledge base on the subject of participatory democracy on children's rights guarantees system and aims to equip adolescent operators, achieving thus greater legitimacy in acting and formulation Public care policies, protection, promotion and justice.

1 Introdução

No Brasil, com a promulgação da Constituição Federal de 1988 a criança e o adolescente, até então considerados mero objeto, conquistaram o status de sujeito de direitos, adquirindo o papel de protagonista perante a sociedade.

Com base nisso, o artigo tem como objetivo analisar o tratamento dado a criança e ao adolescente pela Constituição Federal de 1988, visando a busca pela compreensão de que estes devem ser respeitados como pessoas em processo de desenvolvimento.

Posteriormente busca-se abordar os direitos fundamentais de crianças e adolescentes, à fim de se oferecer mudanças significativas para que se possa produzir uma nova cultura de proteção aos direitos de crianças e adolescentes no Brasil.

Por fim, descrever os instrumentos de democracia participativa existentes no direito da criança e do adolescente, destacando a real importância destes na efetivação dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes.

2 A criança e o adolescente após a promulgação da Constituição Federal de 1988

A promulgação da Constituição Federal, em 5 de outubro de 1988, incorporou a concepção dos novos direitos de crianças e adolescentes, trazendo entre seus princípios a democracia participativa e a formulação de políticas públicas como ferramentas para a garantia de direitos humanos.

A Constituição Federal de 1988 rouxe consigo uma série de direitos aplicáveis à criança e ao adolescente representando "[...] um marco na conquista de novos direitos, os quais foram resultado da participação ativa de toda a sociedade junto à Assembleia Nacional Constituinte num trabalho que se estendeu por mais de um ano" (VERONESE, 1999, p. 44).

Desse modo, Constituição Federal trouxe em seu artigo 6º os direitos sociais, tais como o direito à educação, à saúde, ao trabalho, à segurança, à previdência social, à proteção a maternidade e à infância, bem como à assistência aos desamparados.

Nesse sentido, o artigo 227 dispõe:

> É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 1988).

A partir daí o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990, trouxe um conjunto de normas disciplinadoras dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes, destinando-se a implantação do sistema de garantias, pois

> [...] apesar de toda a inovação no que tange à assistência, proteção, atendimento e defesa dos direitos da criança e do adolescente, constantes na Constituição Federal, estes não poderiam se efetivar se não regulamentados em lei ordinária. Se assim não fosse, a Constituição nada mais seria do que uma bela mas ineficaz carta de intenções (VERONESE, 1999, p. 47).

Assim, o Estado assume a responsabilidade em assegurar e efetivar os direitos fundamentais, não devendo mais atuar como antes, com repressão e força, mas com políticas públicas de atendimento, promoção, proteção e justiça.

Desse modo, o Estatuto da Criança e do Adolescente foi de fundamental importância para a garantia dos direitos de crianças e adolescentes, direitos esses negados durante tanto tempo.

> [...] esse documento legal representa uma verdadeira revolução em termos de doutrina, idéias, práxis, atitudes nacionais ante a criança. Em sua formulação contou com intensa e ampla participação do governo e, sobretudo, da sociedade, expressa em organizações como a Pastoral do Menor, o Unicef, a OAB, o Movimento Nacional dos Meninos e Meninas de Rua, movimentos de igrejas e universidades, dentre tantos outros organismos (MARCÍLIO, 2015, p.06).

No entanto, sabe-se que para a concretização dos direitos fundamentais da criança e do adolescente não basta a participação na formulação da legislação, mas acima de tudo, requer a mobilização e sensibilização da sociedade para a garantia real dos direitos assegurados. Neste contexto, os direitos da criança e do adolescente não se reduz ao mero ato de caridade ou benevolência por parte do Estado, mas em dever jurídico, que deve ser fiscalizado e exigido pela sociedade.

Essa característica ganha especial relevância no contexto do acirramento dos processos de exclusão decorrentes do modo capitalista de produção e, portanto, se constitui em garantia jurídica contra todas as formas de exploração e opressão.

3 Os direitos fundamentais da criança e do adolescente

A Constituição Federal de 1988 trouxe uma série de direitos fundamentais a crianças e adolescentes até então não instituídos.

Desse modo, por tratar-se de direitos fundamentais e estarem contidos na Constituição Federal de 1988, não podem ser suprimidos do ordenamento.

Ora, num Estado Democrático de Direito, que prevalece a democracia,

> [...] é precisamente a anexação de uma cláusula pétrea a um dado direito subjetivo o que melhor certifica a sua fundamentalidade, porque assim, ao declará-lo intocável e pondo-o a salvo inclusive de ocasionais maiorias parlamentares, que o poder constituinte originário o reconhece como um bem sem o qual não é possível viver em hipótese alguma (MARTINS NETO, 2003, p.88).

Sendo os direitos fundamentais algo presente na Constituição Federal de 1988, nada mais sensato que estes sejam protegidos de qualquer possível abalo jurídico, possibilitando o reconhecimento da condição de cidadão.

Logo, é cabível afirmar que sem os direitos fundamentais, ou na eventualidade de sua supressão, "a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive" (SILVA, 2008, p. 163).

É nesse sentido que o Estatuto da Criança e do Adolescente, tratou de implantar medidas protetivas, e fortalecer direitos fundamentais de crianças e adolescentes já mencionados na Constituição Federal de 1988, visando superar a cultura menorista e concretizar os princípios e diretrizes da teoria da proteção integral (CUSTÓDIO, 2009, p. 43).

Como modo de garantir o direito fundamental a saúde, a Constituição Federal de 1988 reconheceu em seu artigo 7º, IV e XXII tal direito, como mecanismo de melhoria das condições sociais, atribuindo em seu artigo 30 o dever do Estado através dos municípios garantir os serviços necessários ao atendimento integral de toda população (BRASIL, 1988).

Logo, é através da participação ativa do poder público em conjunto com a própria comunidade que se atingirá com maior efetividade os serviços prestados em relação a saúde do ser humano, entretanto, se faz de extrema importância que o cidadão tenha a

consciência que tal ato não trata-se de mera bondade do Estado, mas um dever que deve ser exigido por toda a sociedade.

Conforme artigo 194 da Constituição Federal de 1988, a saúde constitui-se uma das metas da seguridade social, garantindo-se efetivamente com a criação do Sistema Único de Saúde (BRASIL, 1988).

O Sistema Único de Saúde é

> um sistema público nacional, baseado no princípio da universalidade, a indicar que a assistência à saúde deve atender a toda população. Tem como diretrizes organizativas a descentralização, com comando único em cada esfera governamental; a integridade do atendimento e a participação da comunidade (FIGUEIREDO, 2007, p.97).

Nesse contexto, o Estatuto da Criança e do Adolescente enfatiza em seu artigo 11 o atendimento integral a saúde de toda criança e adolescente por intermédio do Sistema Único de Saúde, garantindo o acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação (BRASIL, 1990).

Inclusive em relação a gestante, o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente reconhece em seu artigo 8º, a proteção a criança desde a concepção, onde a gestante tem a garantia de através do Sistema Único de Saúde obter efetivo atendimento.

O artigo 7º do Estatuto da Criança e do Adolescente que a criança e o adolescente tem direito a saúde, sendo que o poder público o deve concretizar mediante elaboração de políticas sociais que permitam o real desenvolvimento sadio de crianças e adolescentes (BRASIL,1990).

O Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente editou a resolução 41 em 13 de outubro 1995 estabelecendo vinte direitos de crianças e adolescentes hospitalizados, como modo de garantir o respeito a seus direitos fundamentais (BRASIL, 1995).

Enfim, toda criança e adolescente tem direito a saúde, onde através do princípio da tríplice responsabilidade compartilhada, deve o Estado, família e sociedade garantir de modo efetivo o atendimento.

Contudo, conforme artigo 13 do Estatuto da Criança e do Adolescente, os profissionais da rede de atenção a saúde têm a obrigação de comunicar ao Conselho Tutelar

os casos de suspeita ou confirmação de maus-tratos, e providenciar o encaminhamento para serviços especializados (BRASIL, 1990).

Toda criança e adolescente conforme artigo 15 do mesmo Estatuto, possui direito a liberdade, respeito e dignidade, onde o artigo 16 trata de estabelecer quais aspectos que compreendem tal liberdade, a fim de assegurar sua inviolabilidade (BRASIL, 1990).

O direito ao respeito consiste na garantia da integridade física, psicológica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, identidade, autonomia, valores, ideias, crenças, espaços e objetos pessoais (Artigo 17) (BRASIL, 1990).

Ora, sendo a criança e o adolescente sujeitos de sua própria história em processo de desenvolvimento, é de uma importância sem tamanho a efetiva aplicação de tais direitos como modo de fortalecer sua condição de cidadão na sociedade.

A dignidade humana possui força constitucional pois trata-se como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil onde atualmente

> [...] não mais se concebe o Estado de Direito como uma construção formal: é preciso que o Estado respeite a dignidade humana e os direitos fundamentais para que se possa ser considerado um Estado de Direito material. O Estado de Direito legitima-se pela subordinação à lei e, ao mesmo tempo, a determinados valores fundamentais, consubstanciados na dignidade humana (COSTA, 2008, p.37).

A convivência familiar e comunitária é de um direito reservado a toda criança e adolescente de ser criado e educado no seio de sua família original, e excepcionalmente se necessário,

Essa ideia segundo Custódio, (2009, p. 90) rompe com antigos paradigmas existentes que eram legitimadas práticas repressivas, nas quais as crianças eram retiradas de suas famílias e colocadas à disposição de instituições oficiais com características assistenciais e de caridade.

Logo, ocorrendo violações de direitos da criança e adolescente mencionadas na lei 8069/90, esta deve ser afastada de sua família, porém existem outros fatores que dificultam a permanência de crianças e adolescentes em casa, tais como

> A inexistência das políticas públicas, a falta de suporte à família no cuidado junto aos filhos, as dificuldades de gerara renda e de inserção no mercado de trabalho, a insuficiência de creches, escolas públicas de qualidade em horário integral, com que os pais possam contar enquanto trabalham (RIZZINI, 2007, p. 23).

Caso haja algum abalo na família, seja financeiro, seja psicológico, esta não pode mais ser rotulada de desestruturada e o próprio Estatuto garante que as crianças não devem por esse motivo ser colocadas em instituições ou famílias substitutas, já que cabe ao poder público garantir reais subsídios para que possam se manter.

Sendo assim

> [...] quando uma família não tiver condições de garantir os recursos materiais necessários e suficientes para a proteção de seus filhos, não serão estes duplamente penalizados com a retirada de sua família, pois aqui surge a responsabilidade subsidiária do poder público em garantir os recursos necessários para que crianças e adolescentes possam viver junto às suas famílias em condições dignas (CUSTÓDIO, 2009, p.51).

O próprio artigo 23 do Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece que a falta ou carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou suspensão do poder familiar.

Toda criança e adolescente possui direito a educação, esporte, cultura e lazer, cabendo a família, sociedade e Estado garantir sua real efetivação.

A própria Constituição Federal de 1988 em seu artigo 205 estabelece que a educação é um direito de todos e dever do estado e da família junto com a sociedade visando promover o pleno desenvolvimento da pessoa para o exercício da cidadania (BRASIL, 1988).

O artigo 208 também do texto constitucional enfatiza como dever do Estado garantir ensino fundamental obrigatório e gratuito, assegurando inclusive oferta gratuita para todos os que a ele não tiveram acesso na idade própria (BRASIL, 1988).

Desse modo, o Estatuto da Criança e do Adolescente reconhece que toda criança e adolescente tem direito a igualdade de condições para acesso e permanência na escola, o direito de ser respeitado por seus educadores, de contestar critérios avaliativos, como também de ter acesso a escola pública próxima de sua residência (artigo 53) (BRASIL, 1990).

As crianças e adolescentes com deficiência tem direito a atendimento educacional especializado conforme artigo 54, III do Estatuto da Criança e do Adolescente preferencialmente na rede regular de ensino.

Logo, a educação é um direito assegurado pela Constituição Federal de 1988, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, como também pela Lei de Diretrizes e Bases da

Educação onde a própria frequência a escola deve ser fiscalizada pelo poder público, família e sociedade.

Contudo, existem programas de combate à infrequência escolar que em conjunto com as escolas, Conselho Tutelar, Ministério Público e sistema de justiça garantem a frequência plena e integral de todas as crianças e adolescentes à escola (CUSTÓDIO, 2009, p.55).

É necessário além de tudo, que o poder público garanta um ensino de qualidade, comprometido com a realidade social de crianças e adolescentes, para que haja interesse e motivação na descoberta de novos saberes, a própria Constituição Federal de 1988 induz a isso.

> Até 1988 não havia uma preocupação real em criar mecanismos que fossem eficazes na garantia do direito à educação. Durante muito tempo, a única ação do poder público foi tornar obrigatória a matrícula escolar, como se isso fosse suficiente para garantir a educação (VERONESE; OLIVEIRA, 2008
>
> p. 85). A profissionalização e a proteção ao trabalho precoce, ou seja, abaixo do limite de idade mínima permitido é direito da criança e do adolescente e dever do Estado.

Desse modo, caracteriza-se trabalho infantil todo labor realizado por criança ou adolescente com idades inferiores aos determinados pela legislação (VERONESE; CUSTÓDIO, 2007, p. 125). Assim, define-se criança trabalhadora àquela pessoa submetida à relação de trabalho com até doze anos de idade incompletos e, adolescente trabalhador aquele que envolve atividade laboral com idade entre doze e dezoito anos.

Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu a proibição do trabalho noturno, perigoso e insalubre antes dos dezoito anos e também estabeleceu o limite de idade mínima para o trabalho em dezesseis anos, ressalvando a possibilidade de aprendizagem à partir dos quatorze anos (Art. 7º, XXXIII CF/88) (BRASIL, 1988).

Existem inúmeros fatores que conduzem crianças e adolescentes a ingressarem tão cedo no trabalho, dentre eles, Custódio (2009, p. 58) destaca a necessidade econômica, a reprodução cultural e a ausência de políticas públicas.

Encontra-se em vigor e foram ratificadas pelo Brasil duas convenções internacionais sobre trabalho infantil, onde a Convenção 138 estabelece que os países deverão aumentar progressivamente os limites de idade mínima para o trabalho (BRASIL,

2002) e a Convenção 182 que trata das piores formas de trabalho infantil recomendando ações urgentes para sua eliminação (BRASIL, 2000).

Por fim, resta destacar que crianças e adolescentes possuem todos esses direitos fundamentais assegurados, porém, eles por si só não serão efetivados. Logo, se faz necessário a articulação da família, sociedade e Estado para que se possa garantir a todas crianças e adolescentes uma vida digna, algo que deveria ser inerente de todo ser humano.

4 Os instrumentos de democracia participativa no direito da criança e do adolescente

A Constituição Federal de 1988 prevê expressamente no seu art. 1º, entre seus princípios fundamentais, que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o pluralismo político e, que todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente (BRASIL, 1988).

Silva esclarece que o "princípio participativo caracteriza-se pela participação direta e pessoal da cidadania na formação dos atos de governo" (2008, p.141), sendo que as primeiras manifestações de democracia participativa mesclavam instrumentos de participação direta e indireta tais como: a iniciativa popular (art. 14, III da CF/88), o referendo popular (art. 14, II da CF/88), o plebiscito (art. 14, I da CF/88) e a ação popular (art. 5º, LXXIII da CF/88). Porém, atualmente a Constituição Federal de 1988 adotou outras formas de democracia participativa, tais como as previstas nos artigos. 10, 11, 31,§ 3º, 37,§ 3º, 74,§ 2º,, 194, VII, 206, VI, 216,§ 1º (BRASIL, 1988).

Nesse sentido a Constituição Federal de 1988 reconhece o exercício direto da democracia lançando as bases para a instituição e consolidação de uma efetiva democracia participativa no Brasil. O mandamento constitucional tem aspecto abrangente uma vez que a República é formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, irradiando a recomendação, com base nos princípios da descentralização político-administrativa, para todos os entes públicos; que devem promover um reordenamento político-instituticional de modo a garantir o efetivo exercício da democracia participativa

nas decisões de caráter público, reconhecendo-se, assim, o papel indispensável da participação da comunidade nas decisões que afetam a sua própria realidade, em especial àquelas diretamente ligadas às políticas públicas.

A democracia participativa pode ser reconhecida para além dos seus instrumentos formais de realização, tais como o referendo, a iniciativa popular e o plebiscito (BEÇAK, 2008, p. 5932). Antes de tudo, no plano do Direito da Criança e do Adolescente, a democracia participativa manifesta-se pela oportunidade de participação direta da comunidade na proposição, deliberação e gestão das políticas públicas e, ainda, na escolha de representantes nos órgãos responsáveis pelas políticas públicas de atendimento e proteção aos direitos da criança e do adolescente.

A abertura e reflexão sobre a necessidade de ampliação dos espaços de participação da sociedade na proposição de políticas públicas têm como objetivo oferecer benefícios diretos à comunidade mediante a sensibilização dos órgãos e atores para o enfrentamento do problema. Isso porque, desde a incorporação do Direito da Criança e do Adolescente no ordenamento jurídico brasileiro nota-se a fragilidade na concepção e organização dos espaços de participação democrática, em especial, nas Conferências dos Direitos da Criança e do Adolescente, nos processos de escolha dos Conselheiros Tutelares e, inclusive, nas audiências públicas temáticas relativas à infância.

O Direito da Criança e do Adolescente, reconhecido como um ramo jurídico autônomo, instituído a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, trouxe verdadeiro reordenamento político-jurídico e institucional para a área, constituiu-se como área inovadora não apenas por reconhecer os direitos humanos de crianças e adolescentes, mas especialmente, por incorporar a concepção da teoria da proteção integral das Nações Unidas.

A Constituição Federal de 1988 ao aplicar o modelo de democracia participativa, abriu espaço para a sociedade atuar junto aos órgãos e instituições que visam combater as situações de negligência e promover o bem-estar da criança e do adolescente.

Assim, o modelo de democracia participativa adotado pelo Brasil evidencia que o exercício da cidadania se dá através da participação popular, não somente através dos direitos políticos, como o de votar e ser votado, como também, através da participação efetiva dos membros da sociedade nas decisões governamentais, inclusive no que toca ao

tema do direito da criança e do adolescente. Inclusive o art. 204, inciso II da Constituição Federal de 1988 traz:

> Art. 204. As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes:
>
> [...] II - participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis (BRASIL, 1988).

Apesar desta determinação expressa na Constituição Federal de 1988, a grande maioria da população ainda não utiliza este recurso que é oferecido, ficando totalmente ausente das decisões, não participando efetivamente na promoção de políticas públicas no âmbito da criança e do adolescente, deixando tais decisões a cargo dos governantes, quando poderia e deveria participar.

Como forma de concretizar os direitos declarados, o Estatuto da Criança e do Adolescente disciplinou os direitos fundamentais e implantou um sistema de garantias de direitos compartilhando responsabilidades entre a família, a sociedade e o Estado quanto à sua efetivação.

Desse modo, o Estado brasileiro através dos seus órgãos assumiu o compromisso com o oferecimento de políticas públicas suficientes e capazes de realizar o atendimento integral à crianças e adolescentes, livre de qualquer tipo de discriminação. Para que medida de tal envergadura fosse possível, a própria Constituição Federal de 1988 estabeleceu o *status* de prioridade absoluta aos direitos fundamentais da criança e do adolescente.

Além de servir como critério interpretativo na solução de conflitos, o princípio da prioridade absoluta reforça a verdadeira diretriz de ação para a efetivação dos direitos fundamentais, na medida em que estabelece a prioridade na realização das políticas sociais públicas e a destinação privilegiada de recursos públicos necessários à sua execução (CUSTÓDIO, 2009, p.35).

O sistema de garantias de direitos da criança e do adolescente visa articular um conjunto de ações entre o Estado e a sociedade civil constituídos pelo diagnóstico, planejamento, controle e avaliação das políticas públicas em níveis diferenciados que passa desde a construção de uma rede de atendimento integral nas diversas áreas relativas aos

direitos fundamentais, na qual os Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente constituem-se como os principais responsáveis (SOUZA, 2008), bem como, na consolidação de uma política de proteção contra a ameaça ou violação aos direitos da criança e do adolescente mediante a atuação dos Conselhos Tutelares. De igual modo, o sistema prevê a atuação do sistema de justiça da infância e da juventude com o objetivo de oferecer a devida prestação da tutela jurisdicional, sempre que os direitos de crianças e adolescentes forem ameaçados ou violados (VERONESE, 1999, p.28).

O próprio sistema de garantias de direitos da criança e do adolescente foi articulado levando em consideração mecanismos de democracia participativa; tais como o reconhecimento dos Fóruns de Direitos da Criança e do Adolescente como espaços públicos não-estatais de articulação da sociedade civil organizada, bem como, na definição dos processos de escolha dos representantes da comunidade no Conselho Tutelar e das organizações da sociedade civil nos Conselhos de Direitos e, especialmente, na realização das Conferências de Direitos da Criança e do Adolescente, que acontecem a cada dois anos, com a finalidade de avaliar as ações realizadas nos últimos anos e apontar diretrizes de ações para os anos seguintes.

Para dar efetivação ao modelo de democracia participativa adotado pelo Brasil no âmbito do Direito da Criança e do Adolescente, o Estatuto da Criança e do Adolescente trouxe em seu art. 88 as diretrizes para a elaboração de uma política de atendimento efetiva:

> Art. 88. São diretrizes da política de atendimento:
> I - municipalização do atendimento;
> II - criação de conselhos municipais, estaduais e nacional dos direitos da criança e do adolescente, órgãos deliberativos e controladores das ações em todos os níveis, assegurada a participação popular paritária por meio de organizações representativas, segundo leis federal, estaduais e municipais;
> III - criação e manutenção de programas específicos, observada a descentralização político-administrativa;
> IV - manutenção de fundos nacional, estaduais e municipais vinculados aos respectivos conselhos dos direitos da criança e do adolescente;
> V - integração operacional de órgãos do Judiciário, Ministério Público, Defensoria, Segurança Pública e Assistência Social, preferencialmente em um mesmo local, para efeito de agilização do atendimento inicial a adolescente a quem se atribua autoria de ato infracional;
> VI - integração operacional de órgãos do Judiciário, Ministério Público, Defensoria, Conselho Tutelar e encarregados da execução das políticas sociais básicas e de assistência social, para efeito de agilização do atendimento de crianças e de adolescentes inseridos em programas de acolhimento familiar ou institucional, com vista na sua rápida reintegração à família de origem ou, se tal solução se mostrar comprovadamente inviável, sua colocação em família substituta, em quaisquer das modalidades previstas no art. 28 desta Lei;
> VII - mobilização da opinião pública para a indispensável participação dos diversos segmentos da sociedade (BRASIL, 1990).

Através destas diretrizes foi possível estabelecer, no âmbito do direito da criança e do adolescente, instrumentos que possibilitaram a inserção da democracia participativa neste ramo jurídico.

5 Considerações Finais

A criança e o adolescente somente foram reconhecidos como sujeitos de direitos em processo de desenvolvimento com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e consequentemente com o Estatuto da Criança e do Adolescente, que se buscou romper com a cultura menorista discriminatória e opressora em relação a crianças e adolescentes.

Através disso, tais aparatos jurídicos trouxeram uma série de direitos fundamentais, fruto de lutas sociais, para a criança e adolescente, onde devem ser respeitados por todos da sociedade e efetivados conjuntamente por essa, pela Família e Estado.

Além disso, o Estatuto da Criança e do Adolescente trouxe alguns instrumentos de democracia participativa, objetivando o combate a violação dos direitos da criança e do adolescente.

Porém, somente atuando de modo conjunto que se conseguirá realmente efetivar os direitos de crianças e adolescentes que foram negados por tanto tempo, pois ninguém melhor que a própria comunidade para saber quais seus problemas e consequentemente buscar as soluções possíveis conforme a realidade social do local.

6 Referências Bibliográficas

BEÇAK, Rubens. **Instrumentos de Democracia Participativa**. Manaus: CONPEDI, 2008.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Decreto-Lei nº 3.597, de 12 de setembro de 2000.** Dispõe sobre a Convenção 182 e a Recomendação 190 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre a proibição das Piores Formas de Trabalho Infantil e a Ação Imediata para sua Eliminação Disponível http://www.institutoamp.com.br/oit182.htm. Acesso em 01 maio 2015.

_____. **Decreto-Lei nº4.134, de 15 de fevereiro de 2002.**Dispõe sobre a Convenção n º 138 e a Recomendação n º 146 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre Idade Mínima de Admissão ao Emprego. Disponível http://www.institutoamp.com.br/oit138.htm . Acesso em 01 maio 2015.

_____. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial [da] União, Poder Executivo, Brasília, DF, 16 de jul. 1990.

_____. **Resolução nº 41, de 13 de outubro de 1995.** Dispõe sobre a Sociedade Brasileira de Pediatria, relativo aos direitos da criança e do adolescente hospitalizados. Disponível http://www.abmp.org.br/textos/4192.htm. Acesso em 01 maio 2015.

COSTA, Helena Regina Lobo da. **A dignidade humana:** teoria de prevenção geral positiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CUSTÓDIO, André Viana. **Direito da criança e do adolescente.** Criciúma, SC: UNESC, 2009.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito fundamental à saúde:** parâmetros para sua eficácia e efetividade. Porto Alegre: Livro do Advogado, 2007.

MARCÍLIO, Maria Luiza, **Instrumentos Internacionais e Nacionais de Defesa e Proteção dos Direitos da Criança.** Disponível em: http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/28339/27896. Acesso em 01 maio 2015.

MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos fundamentais** : conceitos, função e tipos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
RIZZINI, Irene. **Acolhendo crianças e adolescentes:** experiências de promoção de direito à convivência familiar e comunitária no Brasil. 2. ed. São Paulo; Brasília: Cortez; UNICEF, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 31. Ed., São Paulo: Malheiros: 2008.

SOUZA, Ismael Francisco de, BONFANTE, Patrícia dos Santos. **Os Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente no ordenamento jurídico brasileiro**. Revista Espaço Jurídico, Joaçaba: UNOESC, v. 9, n. 1, jan.jul, 2008.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os direitos da criança e do adolescente.** São Paulo: LTR, 1999.

_____; OLIVEIRA, Luciene de Cássia. **Educação versus Punição.** Blumenau: Nova Letra, 2008.

_____; Josiane Petry; CUSTÓDIO, André Viana. **Trabalho infantil:** a negação do ser criança e adolescente no Brasil. Florianópolis: OAB editora, 2007.

A IMPORTÂNCIA DA CONSCIENTIZAÇÃO POLÍTICO – ECOLÓGICA PARA A PROTEÇÃO JURÍDICA DO MEIO AMBIENTE E O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

Jéssica Gonçalves[*]
Paula Galbiatti Silveira[**]

Palavras-chave: crise ambiental; desenvolvimento sustentável; Estado Ambiental; conscientização político-ecológica; crise de percepção.

Resumo: Em meio à crise ambiental, o Estado assume um novo papel, conferindo à política e ao Direito Ambiental a tarefa de regulamentação dos riscos e de proteção do meio ambiente. Entretanto, surge o problema essencial de como compatibilizar o desenvolvimento econômico com a preservação da natureza, considerando ser necessária para a continuidade da vida e também a finitude dos recursos naturais. Assim, a sustentabilidade impõe-se como um dever e fundamento de um Estado Ambiental, o que não se realiza sem que haja uma conscientização político-ecológica. Nesse diapasão, o presente trabalho tem como objetivo verificar se é possível a compatibilização entre o desenvolvimento econômico e a preservação da natureza mediante a conscientização político-ecológica. Nesse sentido, o novo papel do Estado o reconfigura como Ambiental, passando a organizar a preservação e garantia de um meio ambiente ecologicamente equilibrado por um novo viés compreendido pelo desenvolvimento econômico sustentável, pela solidariedade entre as gerações presentes e futuras e pelos princípios ambientais. Contudo, a efetivação do direito e dever a proteção ambiental não ocorre sem que haja uma sensibilidade ecológica das instituições e a conscientização político-ecológica de toda a sociedade. Daí surgir a presente discussão, numa tentativa de ultrapassar as matrizes de proteção da natureza pelo ordenamento jurídico, com o escopo de demonstrar que a tentativa de superação da crise e garantia de proteção de um mínimo existencial ecológico somente será possível se houver a introdução de modelos de conscientização por intermédio da mudança pela crise de percepção e alfabetização e pelo movimento da Ecosofia. Para a consecução dos objetivos propostos, foi utilizada a pesquisa bibliográfica e documental em artigos e livros nacionais e estrangeiros, bem como a utilização de marcos teóricos para o estudo da crise de percepção (Conexões Ocultas de Fritjof Capra) e da Ecosofia (Três ecologias de Félix Guattari).

[*] Bacharela em Direito pela Universidade do Sul de Santa Catarina – UNISUL-SC. Formada pela Escola da Magistratura do Estado de Santa Catarina (módulo I e II). Pós Graduada em Direito Processual Civil pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC-SC. Pós Graduada em Direito Público pela Universidade Regional de Blumenau – FURB-SC. Pós Graduada em Direito Aplicado pela Universidade Regional de Blumenau - FURB-SC. Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC-SC.
[**] Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso – UFMT. Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Fundação Escola do Ministério Público de Mato Grosso. Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Integrante dos Grupos de Pesquisa "JusClima" e "Direito Ambiental e Ecologia Política na Sociedade de Riscos".

Keywords: environmental crisis; sustainable development; Environmental State; political and ecological awareness; perception crisis.

Abstract: considering the environmental crisis, the State assumes a new function, providing to politics and Environmental Law the task to rule the risks and the protection of the environment. However, how to match the economic development and the nature preservation is an essential problem, considering the need to continue life and the natural resources finiteness. Thus, sustainability is imposed as a duty and base of an Environmental State, which cannot be accomplished without a political and ecological awareness. That being said, the present paper aims to verify the possibility of matching economic development and nature preservation by the political and ecological awareness. In this sense, the new role of the State remakes it to an Environmental one, that organizes the preservation and the guarantee to an ecologically balanced environment by the view of the sustainable economic development, by the solidarity among present and future generations and by the environmental principles. Nevertheless, the effectiveness of the Law and the duty to environmental protection cannot happen without an ecological awareness of the institutions and the political and ecological awareness of the whole society. Whence the present discussion in an attempt to overtake the legal base protection of the nature aiming to demonstrate that the attempt to overcome the crisis and the guarantee to protect a minimum can only be possible if awareness models are introduced by a change of the perception crisis and by a literacyand the movement of "Ecosophy". In order to achieve the

aims of this paper, it was made a research on specialized national and foreign books, papers and documents, using as a base to the study of the perception crisis the book "Hidden Connections" by Fritjof Capra and the "Ecosophy" was studied on the paper "Three Ecologies" by Félix Guatarri.

1 Introdução

O progresso apresenta-se como a grande promessa da evolução e da história humana, porém, junto com ele, a exploração dos recursos naturais e a intensa degradação do meio ambiente, assola o homem na atualidade e coloca em risco a continuidade da vida no Planeta.

Partindo dessa premissa, o cenário de crise descrito sobrevive em meio ao paradoxo da necessidade de desenvolvimento econômico com a manutenção do meio ambiente, de modo que o desenvolvimento sustentável deve ser repensado, mediante a conscientização político-ecológica.

Dessa forma, a formação do pensamento ecológico em consonância com o dever de precaução, encontra na interdisciplinaridade entre o direito e a economia conceitos que reconhecem que os recursos naturais são inesgotáveis e que auxiliam o desenvolvimento sustentável e a solidariedade entre gerações para uma melhoria de qualidade de vida de todos.

Além disso, a intensificação dos fenômenos de degradação ambiental põe o Estado numa incômoda posição na sociedade contemporânea de modo a redefinir seu papel a partir do Estado como Ambiental.

Ainda que de cunho teórico abstrato, o Estado Ambiental normatiza a natureza por meio das leis, declarações e principalmente pela inclusão de princípios que assegurem o meio ambiente como um direito e um dever fundamental e indispensável para a sobrevivência da própria vida.

Daí que este novo modelo Estado para firmar seus preceitos jurídicos socorre-se da simbiose com o pensamento econômico, adaptando conceitos desta ciência para garantir que o desenvolvimento seja compatibilizado com a preservação e/ou conservação do meio

ambiente. E, a partir desse instrumento Estatal baseado em princípios ambientais é que o presente artigo visa demonstrar que somente essa transversalidade não encerra a crise ambiental, pretendendo demonstrar a superação da crise pela conscientização ecológica a partir dos marcos teóricos dos autores como Félix Guattari e Fritjof Capra.

Para isso, no primeiro capítulo foi abordado sobre a relação existente entre o homem e a natureza, cujo distanciamento é uma das origens para a crise ambiental, a qual deve ser modificada para ser uma relação sustentável.

Aliado a mencionada discussão, incluiu-se no o discurso do desenvolvimento econômico por um critério do sustentável e da solidariedade entre as gerações para findar com a complexidade dos problemas atuais e a preservação do meio ambiente natural.

Ocorre que tais contribuições jurídicas não encerram a crise ambiental que persiste na necessidade de proteger juridicamente o meio ambiente, consolidando o um novo papel do Estado (Estado Ambiental), fundamentado em princípios, mas, sobretudo de uma nova filosofia política.

Daí a escrita do último capítulo examinar a superação da crise ambiental pela conscientização ecológica por meio da mudança pelo intermédio da Ecosofia (Três ecologias de Félix Guattari) e da crise da percepção (Conexões Ocultas Fritjof Capra).

Utilizou-se, assim, do método de abordagem dedutivo, do método de procedimento monográfico e das técnicas de pesquisa monográfica e documental, em autores nacionais e estrangeiros especializados sobre o tema, além dos marcos teóricos acima mencionados.

2 A relação homem/natureza: a crise ambiental e o desenvolvimento sustentável

A relação entre o homem e a natureza é intrínseca à própria evolução da espécie humana de modo que a civilização primitiva embora tivesse a compreensão da humanização da Terra, não deixou de imprimir-lhe sua marca com uma degradação lenta e supostamente apta a se recuperar.

Nesse contexto, a relação baseada no pensamento cartesiano ocidental entre o homem e a natureza levou uma situação de domínio e degradação intensos, que culminou

com a agonia do planeta, revelada na destruição da fauna, da flora e dos processos ecológicos essenciais à continuidade da vida na Terra.

Segundo Fraçois Ost (1995, p. 155) é a partir de Descartes, com a expressão "fábula de um novo mundo" que a humanidade rompe com o paradigma do Universo criado pelas mãos de Deus e o aceita como inventado pela ciência dando azo à ruptura entre o homem e a natureza. Ainda nessa perspectiva, Galileu com seus "óculos de observação" corrobora para a ideia de que o Universo se apresenta em movimento no qual o homem tem a capacidade de explorá-lo.

O pensamento cartesiano abre um mundo novo ao ocidente racionalista, ao fazer uma analogia entre mecanismos de relojoaria e maturação dos frutos, mecanizando a natureza e trazendo o mundo do artifício, considerado consequentemente superior ao mundo natural. (OST, 1995)

Dessa forma, a partir desse cenário de evangelização do homem como a medida e o centro do Universo, legitimado pela criação jurídica do direito absoluto de dispor da propriedade, a natureza foi subjugada à satisfação das necessidades dos "senhores da Terra"; reduzida a crise antropocêntrica. (OST, 1995, p. 200).

Dois séculos de transformação da natureza conduziram ao resultado de deteriorização do planeta, no qual se vive, hodiernamente, em um período de intensas transformações técnico - científicas, as quais engendram fenômenos de desequilíbrios ecológicos que, se não forem remediados, no limite, ameaçam a vida em sua superfície. (GUATTARI, 2001, p. 7).

Segundo José Rubens Morato Leite e Luciana Cardoso Pilati (2011, p. 9) nos séculos XIX e XX a ideologia liberal individualista contribuiu para a conduta de apropriação que, somado aos avanços tecnológicos e científicos da Revolução Industrial e Pós Industrial, intensificou a exploração dos recursos naturais e o deixou, inclusive, à mercê das regras do mercado.

A crise ambiental, portanto, decorre da degradação intensa do ser humano sobre o Planeta para satisfazer suas infinitas necessidades, por meio da tecnociência e do crescimento populacional.

A crise ambiental é, antes de mais nada, a crise da representação humana em relação a natureza, de sua relação. É uma crise de paradigma, de vínculo e de limite: de

vínculo, pois já não se distingue o que liga o homem ao natural e de limite, pois já não se pode distinguir o que os distingue. (OST, 1995)

Nesse âmbito crítico e urgente em que se encontra o meio ambiente, o lema da consciência ecológica e da proteção ambiental se arraiga entre autores que invertem a lógica do antropocentrismo para atribuir um caráter divino à mãe natureza, pois "o homem transformou a Terra, domesticou suas superfícies vegetais, tornou-se senhor de seus animais. Mas não é o senhor do mundo, nem mesmo da Terra." (MORIN; KERN, 2003, p. 176).

A consolidação do ponto de vista da natureza, segundo a Ecologia Profunda, significa a não separação do ambiente natural de seus outros aspectos, como o cultural, o humano, pois correspondem a uma interdependência e interligação entre o homem e a natureza.

O biocentrismo/ecocentrismo é um movimento cultural que se baseia numa filosofia de aliança com a mãe terra, no qual a natureza transporia do modelo de objeto dos interesses do homem para ser dotada de dignidade e ser sujeito de direitos fundamentais. Entretanto, a tese da natureza divinizada sem que se possa nela tocar ou desenvolver economicamente os países também se apresenta centrada apenas em si, sem que seja capaz de superar os dilemas globais, vez que não existe risco zero e toda atividade humana traz um certo impacto sobre o meio.

Assim, tanto o antropocentrismo como a ecologia profunda, em razão do domínio unilateral de perspectivas teóricas voltadas somente para si, promovem uma crise para além da ecológica, perfectibilizada no vínculo e no limite do homem com a natureza. (OST, 1995, p. 230).

Desse modo, somente a partir da simbiose entre ambas é que um novo paradigma se formará, criando a natureza projeto, isto é, com o rompimento do método cartesiano de Descartes e, com apoio na epistemologia da complexidade dialética, haverá a percepção da interdependência entre o homem e a natureza (embora diferentes, cada qual contém e depende um do outro sem que se reduzam), como base para o dever ético entre as gerações pela transmissão de um patrimônio comum. (OST, 1995, p. 276).

Ademais, o Estado intervencionista não pode mais ignorar os desequilíbrios ecológicos bem como a sociedade não pode deixar de pensar o meio ambiente como um

ramo a ser discutido em nível de escala global, sem que se deixe de compatibilizar o tema com o desenvolvimento econômico.

A questão é atender, portanto, dentro de um processo contínuo de planejamento, as exigências de ambos, por meio de um desenvolvimento verdadeiramente sustentável, que não coloque a variável econômica acima da ambiental, ou seja, que este fique atrofiado a noção econômica, uma vez que não cabe mais reduzir o "desenvolvimento ao crescimento." (MORIN, 2003, p. 102).

Partindo dessa premissa, o Direito Ambiental Econômico cuja normatização visa organizar a questão ambiental e o direito econômico (GUARESCHI, 2013, p. 3), ultrapassa o antropocentrismo e a ecologia profunda, trazendo uma proposta de equilíbrio entre eles.

A teoria econômica como ramo que descreve as escolhas humanas, e ainda, os seus comportamentos futuros, influencia o Direito Ambiental, tendo em vista que busca determinar quais escolhas garantem a preservação da natureza, bem como quais comportamentos alcançam o desenvolvimento econômico para que a finalidade almejada (bem estar coletivo) possa ser desfrutada. (SOARES, 2005)

Nesse sentido, a importância da análise do direito com a economia está claramente descrita nas palavras de Cristiane Derani (2001, p. 111):

> A economia ambiental analisa os problemas ambientais a partir do pressuposto de que o meio ambiente – precisamente parte dele que pode ser utilizada nos processos de desenvolvimento da sociedade industrial – é limitado, independentemente da eficiência tecnológica para sua apropriação. O esgotamento dos recursos naturais, responsável pela assim chamada crise do meio ambiente, é identificado em duas clássicas tomadas: com o crescente consumo dos recursos naturais (minério, água, ar, solo, matéria-prima) como bens livres (free gifts of nature) e com os efeitos negativos imprevistos das transações humanas.

O critério ambiental econômico auxilia o equilíbrio que envolve a escassez de recursos ambientais com a garantia da qualidade de vida sadia, ao mesmo tempo em que inclui no processo produtivo a internalização das externalidades para que os agentes, potencialmente poluidores, incorporem em seus lucros os custos com a degradação ambiental ou, com o emprego de técnicas que visem evitá-los ou diminuí-los. (CHEMIN, 2005)

Tal situação corporifica-se no art. 225 c/c o art. 170, VI, ambos da Constituição Federal, que assegura o direito de terceira dimensão vinculado ao meio ambiente

ecologicamente equilibrado e o desenvolvimento econômico e, por isso, a teoria econômica ambiental neoclássica permite compreender a complexidade dos problemas atuais e preservação do meio ambiente natural conjugada com a garantia do desenvolvimento, ou seja, a ideia de reciprocidade entre eles (GERENT, 2008, p. 274).

O conceito do desenvolvimento sustentável é muito criticado por ser um termo vago, que poderia ser apropriado por diversos paradigmas para seus próprios interesses, como as organizações internacionais de comércio, empresas, ou ainda pelo foco no desenvolvimento econômico e utilização para legitimar um crescimento e progresso econômico nos moldes dos padrões ocidentais atuais, que já se mostraram extremamente prejudiciais para a continuidade da vida no planeta.

Devido à amplitude do conceito, apropriações são permitidas, trazendo o desenvolvimento em si a ideia de progresso e melhoria. Sustentável seria, assim, mais um rótulo que um adjetivo afixado ao conceito tradicional de desenvolvimento, deixando-o polissêmico e o mantendo universalmente aceito devido exatamente a sua imprecisão. (MONTIBELLER-FILHO, 2001, p. 53)

Embora a elaboração do desenvolvimento sustentável com o Relatório Brundtland tenha ocorrido explicitamente como uma estratégia para sustentar e manter o desenvolvimento e não para apoiar o florescimento ou a manutenção de uma vida natural e social variada, o conceito de desenvolvimento sustentável mais acertado atualmente é aquele que integra o meio ambiente na economia, ao invés da economia no meio ambiente, havendo, assim, uma inversão da racionalidade. (ESTEVA, 2000, p. 72)

Assim, para Patryck de Araújo Ayala (2011), para a base de um direito ambiental de segunda geração, ou seja, um direito ambiental organizado a partir de arranjos institucionais e instrumentos capazes de responder adequadamente às novas ameaças existenciais, é necessária a afirmação de um Direito ambiental de sustentabilidade, sendo os objetivos da Constituição Federal brasileira coerentes com o movimento global de transformação da qualidade da ação pública e de valorização de um modelo de governança ambiental, considerando as novas modalidades de ameaças existenciais.

Nesse aspecto, a tentativa de compatibilizar os dois direitos fundamentais (desenvolvimento econômico e proteção ao meio ambiente) arrolados pela Constituição assume o nome de desenvolvimento sustentável que significa a conscientização da

necessidade de desenvolver economicamente, porém garantindo a preservação para as futuras gerações.

Adotado pela conferência na declaração do Rio[1] e na Agenda 21 como meta a ser alncaçanda por todos os países o desenvolvimento sustentável foi definido pela Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento (1991, p. 46) como "aquele que atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem as suas próprias necessidades", podendo também ser empregado com o significado de "melhorar a qualidade de vida dentro dos limites da capacidade do suporte dos ecossistemas".

Veja-se que o conceito de desenvolvimento sustentável está intimamente relacionado com a solidariedade intergeracional, pois há que se desenvolver de maneira sustentável (economicamente avançando e preservando), desde que inclua nesse contexto a garantia para as gerações sincrônicas e diacrônicas como um dever ético.

Especificadamente, que cada geração utilize economicamente os recursos que dispõe, de forma a transmitir às demais (estas longínquas pela descendência abstrata) um nível de qualidade ambiental semelhante ao que ela própria recebeu, bem como respeitando a natureza por seu valor intrínseco.

Para essa construção de sociedade sustentável para nossos filhos e as gerações futuras tem que repensar, segundo Frijot Capra (2005, p. 99) "uma boa parte das nossas tecnologias e instituições sociais, de modo a conseguir transpor o enorme abismo que se abriu entre os projetos humanos e os sistemas ecologicamente sustentáveis da natureza".

O desenvolvimento sustentável implica nos dizeres de Cristiane Derani (2001. p. 132):

> Um desenvolvimento harmônico da economia e ecologia que devem ser ajustados numa correlação de valores onde o máximo econômico reflita igualmente um máximo ecológico. Na tentativa de conciliar a limitação dos recursos naturais com o ilimitado crescimento econômico, são condicionadas à consecução do desenvolvimento sustentável mudanças no estado da técnica e na organização social.

Logo, o desenvolvimento sustentável e a solidariedade entre as gerações refletem a ideia de eficiência econômica, social e ambiental, "que significa melhoria da qualidade de

[1] Princípio 4: "Para alcançar o desenvolvimento sustentável, a proteção ambiental constituirá parte integrante do processo de desenvolvimento e não pode ser considerada isolada deste."

vida das populações atuais sem comprometer as possibilidades das próximas gerações, com o reconhecimento de que os recursos naturais não são inesgotáveis" (MONTIBELLER FILHO, 2004, 19), e a impossibilidade de um completo desenvolvimento "se os caminhos trilhados para sua consecução desprezarem um sistema de exploração racional e equilibrada do meio ambiente." (COSTA NETO, 2003, p. 59).

Portanto, é possível afirmar que o desenvolvimento econômico deve obedecer ao critério sustentável cuja primeira ideia é a conjugação do respeito ao ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225 da CF) e o direito ao progresso econômico (art. 170 da CF). Já o segundo o aspecto se perfaz na noção intertemporal no qual as atividades econômicas do presente não podem explorar os recursos naturais de tal monta que sacrifique os direitos e interesses das futuras gerações em utilizá-los e gozar da qualidade de vida.

3 A crise ambiental e a necessidade de proteger juridicamente o meio ambiente: a consolidação do novo papel do estado

Conforme mencionado no tópico anterior, a partir do movimento de integração entre homem e meio ambiente, ultrapassando a relação moderna, cartesiana e predatória entre eles, surge a necessidade de proteger juridicamente o meio ambiente em decorrência da crise ambiental.

Dessa forma, já se encontra ultrapassada o senso de proibição de beneficiar-se a humanidade e os países de avançarem tecnologicamente, embora o processo de mudança deva preservar o ecossistema para as gerações futuras de maneira urgente e real, conforme descreve Frijot Capra (2005, p. 99):

> As organizações humanas precisam passar por uma mudança fundamental, tanto para se adaptar ao novo ambiente empresarial quanto para tornar-se sustentáveis do ponto de vista ecológico. Esse duplo desafio é urgente e real, de modo que as recentes e exaustivas discussões sobre a mudança empresarial estão plenamente justificadas.

A partir da década de 1970, conforme lecionam José Rubens Morato Leite e Luciana Cardoso Pilati (2011, p. 9), há uma conscientização do esgotamento dos recursos naturais, do risco de catástrofes ambientais e da incompatibilidade entre o modelo capitalista e a

manutenção da qualidade de vida, isto é; destaca-se uma sociedade de risco[2], marcada pelo perigo iminente em face do contínuo crescimento econômico.

Dessa realidade de complexidade de riscos, problemas globais de poluição, aquecimento global, mudanças climáticas, contaminações destrutivas da biodiversidade, surge uma política de conscientização sobre a crise ambiental e a necessidade de proteger juridicamente o meio ambiente.

Por essa razão, na perspectiva atual a solução para efetividade da tutela dos direitos fundamentais quais sejam: meio ambiente ecologicamente equilibrado e o desenvolvimento econômico não mais reside na solitária ideia da privatização com seus três pilares: propriedade privada, mercado que assegure a circulação e o critério da responsabilidade.

Para além da mencionada lógica de privatizar o ambiente ("compre um elefante"[3]), hodiernamente estão conjugados com alternativas como a normatização da conduta cautelosa e marco transversal da solidariedade como forma de preservação para o futuro, até porque se as "gerações atuais continuarem a utilizar o meio ambiente sem adoção de medidas restritivas, acabarão por comprometer, de forma irreversível, os interesses das vindouras"(CANOTILHO, 1995, p. 98).

Assim, a proliferação dos problemas ecológicos traduz um novo paradigma sob a dimensão voltada para a premissa de que o desenvolvimento econômico deve se ajustar ao meio ambiente ecologicamente equilibrado já que esse se perfaz na luz de todos os demais direitos fundamentais.

Especificadamente, a crise do meio ambiente global demanda um novo papel do Estado e coloca em pauta o *status* da ecologia como bem a ser protegido juridicamente, conforme explica Amandino Teixeira Nunes Júnior (2004, p. 299):

> Isso implica o surgimento de um novo estado e de uma nova cidadania, que têm plena consciência da devastação ambiental, planetária e indiscriminada, provocada pelo desenvolvimento, aspirando assim novos valores como a ética pela vida, o uso racional e solidário dos recursos naturais, o equilíbrio ecológico e a preservação do patrimônio genético.

[2] Expressão extraída do Livro Ulrich Beck. La sociedad del riesgo: hacia uma nueva modernidade. Barcelona: Piados, 2001.
[3] Expressão extraída do Livro A natureza à margem da lei: a ecologia à prova do direito. Fraçois Ost. Instituto Piaget, 1995. p. 155

Assim, a problemática ambiental deve receber tratamento diferenciado por todas as áreas do conhecimento, inclusive no âmbito dos estudos a respeito do Estado, haja vista que é condição de sobrevivência das presentes e futuras gerações (LEITE; AYALA, 2014, p. 226).

Nesse âmbito, o agravamento dos problemas ambientais e a noção crescente da existência de riscos potenciais criam um cenário de proteção jurídica ao meio ambiente, isto é; impõe ao Estado de Direito o desafio de inserir entre suas tarefas prioritárias a proteção do meio ambiente, consolidando o novo papel do Estado como gestor adequado dos riscos.

Partindo desse pressuposto, a necessidade de redimensionar o papel do Estado transparece a ideia de um novo regime jurídico que, segundo François Ost (1995, p. 352) é possível com a "Transmissão de um Patrimônio Comum", ou seja, um novo estatuto que transcenda a noção da natureza como objeto (antropocentrismo) ou como sujeito (ecologia profunda), mas que reconhece a interação recíproca entre o homem e a natureza de forma complexa, transtemporal, translocal e híbrida.

Nesse sentido, o agravamento da crise ambiental leva à proposta de um novo modelo de Estado, enquanto construção teórica, recusando, assim, o conformismo e o fechamento das expectativas, possibilitando a visualização de alternativas aos problemas globais ambientais. (LEITE, 2012, p. 175) O Estado Ambiental não se trata de um novo Estado, mas sim de uma ordem constitucional jurídico-política que coloque em uma posição fundamental a proteção do meio ambiente, garantindo não somente uma gestão dos riscos, por meio da precaução, mas também busca efetivar o princípio de sustentabilidade e da solidariedade, considerando as gerações futuras.

A construção de um Estado Ambiental, diante o conhecimento da finitude dos recursos naturais e da sociedade de produção e consumo na qual se vive, parece ser de difícil realização, conforme José Rubens Morato Leite (2012, p. 175-177), em um mundo marcado por desigualdades sociais e pela degradação ambiental planetária. Entretanto, embora o Estado Ambiental seja uma abstração, a definição de seus pressupostos como meta a ser atingida é importante discussão a fim de buscar a concretização de seus objetivos.

Dessa forma, "(...) o estabelecimento de uma nova relação paradigmática com a natureza constitui o ponto de partida para a edificação do Estado de Direito Ambiental", o qual "(...) pode ser compreendido como produto de novas reivindicações fundamentais do ser humano e particularizado pela ênfase que confere à proteção do meio ambiente." (FERREIRA; LEITE, 2012, p. 19-20)

O Estado contemporâneo, o qual tem como um de seus objetivos a proteção do meio ambiente diante dos riscos atuais, "deve ajustar-se (e, se necessário, remodelar-se) a cada novo passo histórico no sentido de enfrentar uma tarefa estatal as novas ameaças e riscos ecológicos que fragilizam a existência humana". (SARLET, FENSTERSEIFER, 2010, p. 18) Para Michael Kloepfer (2010, p. 43), o Estado Ambiental é um conceito que "pretende definir primeiramente um Estado que faz da incolumidade do seu meio ambiente sua tarefa, bem como o critério e a meta procedimental de suas decisões".

Nessa seara, a construção desse Estado passa, necessariamente, pelas disposições constitucionais, pois são elas que exprimem os valores e os postulados básicos da comunidade nas sociedades e, no Brasil, além da Constituição da República Federativa de 1988, a Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6938/81), Lei de Ação Civil Pública (Lei nº 7347/85), são alguns dos instrumentos responsáveis pela implementação do Estado Ambiental na medida em que concretizam políticas de proteção ao meio ambiente.

Portanto, a crise ambiental impôs a necessidade de proteger juridicamente o meio ambiente, o que se tornou possível com a consolidação de um novo papel do Estado pautado na construção abstrata do Estado Ambiental que projeta normas, leis e princípios em prol do meio ambiente.

O aparato do Estado Ambiental é em última escala o que permite conciliar, no mundo real, o direito fundamental ao meio ambiente e o desenvolvimento na medida em que institucionaliza a responsabilidade ecológica e os princípios econômicos ambientais.

Por tais razões, a ecologização do Direito demanda uma transformação emergencial do papel do Estado, o que implica no surgimento de um novo e também de uma nova cidadania, mediante a superação da crise de percepção, possuindo plena consciência da devastação ambiental, planetária e indiscriminada e almejando a um novo modo de vida, a

novos valores como a ética pela vida, o uso racional e solidário dos recursos naturais e o respeito às gerações futuras. (LEITE, AYALA, 2014, p. 39)

Em consequência disso, espera Benjamim que se enxergue um novo paradigma ético-jurídico, que ocorre somente por mediação do texto constitucional, que é também político-econômico e "(...) marcado pelo permanente exercício de fuga da clássica compreensão coisificadora, exclusivista, individualista e fragmentária da biosfera". (BENJAMIN, 2012, p. 91-92). Tendo em vista que o "Direito Ambiental tem aversão ao discurso vazio; é uma disciplina jurídica de resultado, que só se justifica pelo que alcança, concretamente, no quadro social das intervenções degradadoras". (BENJAMIN, 2012, p. 93)

Diante dessa problemática, é oportuno analisar ainda que, caso não seja possível ao Estado a prestação concreta para implementar políticas públicas de proteção do meio ambiente, a degradação da natureza se agravará continuamente, trazendo consequências como a fragilidade da existência humana, todas as formas de vida e dos processos ecológicos essenciais à vida no planeta.

O Estado tem um dever/tarefa de proteção do ambiente, tarefa bem definida por Patryck de Araújo Ayala (2010), ao afirmar que os deveres de proteção estatal podem se manifestar como imperativos de ponderação preventiva ou imperativos de ponderação precaucional, sendo possível justificar que todos os deveres de proteção definidos pelo § 1º, do artigo 225, da Constituição Federal de 1988, possuem a aptidão para veicular uma abordagem de precaução, além de vincular os particulares e o próprio Estado ao considerar a qualidade dos efeitos das fontes responsáveis pelas alterações climáticas extremas e o princípio da responsabilidade de longa duração.

Por tais razões, a ecologização do Direito demanda uma transformação emergencial do papel do Estado, o que implica no surgimento de um novo e também de uma nova cidadania, mediante a superação da crise de percepção, possuindo plena consciência da devastação ambiental, planetária e indiscriminada e almejando a um novo modo de vida, a novos valores como a ética pela vida, o uso racional e solidário dos recursos naturais e o respeito às gerações futuras. (LEITE, AYALA, 2014, p. 39).

4 A importância da conscientização político - ecológica para a proteção jurídica efetiva do meio ambiente

Na perspectiva atual de desenvolvimento econômico pautado na cautela e na preservação do meio ambiente, surge, conforme mencionado no tópico anterior, o regime jurídico do Estado Ambiental como mecanismo de garantir a gestão dos recursos naturais vinculado à criação de normas de proteção.

A partir da leitura da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 a doutrina aponta como princípios estruturantes do Estado de Direito Ambiental o da precaução, prevenção, responsabilização, poluidor pagador, participação, cidadania, democracia, informação, solidariedade intergeracional, proibição do retrocesso ecológico e mínimo existencial ecológico.

Em que pese referidos princípios sejam capazes de recepcionar o modelo de Estado Ambiental que expressa matrizes ambientais que necessitam de proteção, propõe-se no presente artigo a tentativa superação da crise ambiental pela conscientização ecológica a partir dos marcos teóricos dos autores como Félix Guattari e Fritjof Capra.

4.1 Alternativa para superação da crise: Ecosofia por Félix Guattari

Sobrevive-se nesse verdadeiro paradoxo: de um lado o desenvolvimento contínuo de novos meios técnico-científicos potencialmente capazes de resolver os desastres ecológicos enquanto de outro lado, observa-se a incapacidade das forças sociais organizadas de tornar esses meios operativos.

E, no mencionado contexto de ruptura, de "descentramento, de multiplicação dos antagonismos e de processos de singularização que surgem as novas problemáticas ecológicas". (GUATTARI, 2011, p. 14).

Daí a justificativa para discutir a maneira de viver no atual planeta que está marcado pelas mutações tecnicocientíficas e pelo considerável crescimento demográfico uma vez que a formação política e as instâncias executivas são incapazes de compreender as implicações deste fenômeno.

A busca por resposta à crise ecológica encontra-se em nível de revolução ético política no âmbito da órbita planetária para reorientar a produção de bens materiais e imateriais.

A deterioração do meio ambiente está acompanhada pela deterioração dos modos de vida individuais e coletivos e com as relações humanas, atingindo a vida familiar, em vista da redução das redes de parentesco e da padronização dos comportamentos. Os governos não possuem também a consciência do problema em sua complexidade, pois percebem os perigos mais evidentes e apenas depois que eles ocorrem, muitas vezes por meio de grandes desastres, deixando diversas vítimas humanas, bem como degradações imensas e não raro irreversíveis ao meio ambiente. É necessária, assim, uma articulação ético-política entre os três registros ecológicos, que seriam o do meio ambiente, das relações sociais e da subjetividade humana. (GUATTARI, 1990, p. 2)

Para Guattari a sociedade atual passa por uma crise ambiental vinculada a uma crise das relações humanas, sejam individuais (subjetividade humana), sejam coletivas (relações sociais). Para o autor, somente a articulação ético-política entre as três ecologias é que poderiam esclarecer e mudar a forma de vida no planeta, a qual Félix Guattari (1990, p. 11) denomina Ecosofia, compreendendo uma junção entre a ecologia e a filosofia, ou seja, um pensamento humano que leva em consideração as questões ecológicas.

> (...) elas geralmente se contentam em abordar o campo dos danos industriais e, ainda assim, unicamente numa perspectiva tecnocrática, ao passo que só uma articulação ético-política — a que chamo ecosofia — entre os três registros ecológicos (o do meio ambiente, o das relações sociais e o da subjetividade humana) é que poderia esclarecer convenientemente tais questões. (GUATTARI, 2011, p. 7).

E, o Autor, continua:

> Tal problemática, no fim das contas, é a da produção de existência humana em novos contextos históricos. A ecosofia social consistirá, portanto, em desenvolver práticas específicas que tendam a modificar e a reinventar maneiras de ser no seio do casal, da família, do contexto urbano, do trabalho. (GUATTARI, 2011, p. 15).

Dessa forma, o argumento que auxilia a superar a crise ambiental é que a natureza não pode ser separada da cultura, tornando necessário pensar "transversalmente" as interações entre os Ecossistemas e os Universos de referência sociais e individuais.

Especificadamente, os três pontos de vista ecológicos permitem pensar a natureza intimamente ligada a cultura e auxiliam a pensar a transversalidade entre os sistemas, alheios a economia do lucro.

As modificações, segundo Félix Guattari, devem ocorrer no campo da subjetividade, do pensamento humano abstrato, objetivando modificar os modos de vida humanos, sendo importante a ecosofia mental. Um dos problemas atuais é o limite da tolerância social do

risco, ou seja, à medida que "tudo se converte em ameaça, de certa forma nada mais é perigoso" ou de que "quando já não há saída, o melhor afinal é não pensar mais na questão". (BECK, 2011, p. 43). Desta forma, o ser humano prefere ignorar as evidências ou certezas de uma catástrofe ambiental ou do rumo apocalíptico para o qual o homem encaminha o planeta, como ocorre com o descrédito de parcela da sociedade com as mudanças climáticas[4], por um sentimento de conforto interno, que leva ao comodismo e ao pensamento imediatista de aproveitar o presente sem considerar suas consequências futuras.

Nas palavras de Félix Guattari (1990, p. 3) "não haverá verdadeira resposta à crise ecológica a não ser em escala planetária e com a condição de que se opere uma autentica revolução politica, social e cultural reorientando os objetivos da produção de bens materiais e imateriais", a qual "deverá concernir, portanto, não só as relações de forças visíveis em grande escala, mas também aos domínios moleculares de sensibilidade, de inteligência e de desejo".

A partir disso, em escala planetária, é possível que se opere uma autêntica revolução política, social e cultural, invocando paradigmas éticos (por meio de exemplos como a educação, saúde, cultura, esporte, mídia), aptos a intervir nas instâncias psíquicas individuais e coletivas.

As relações da humanidade com o *socius*, com a psique e com a "natureza" tendem, com efeito, a se deteriorar cada vez mais, não só em razão de nocividades e poluições objetivas, mas também pela existência de fato de um desconhecimento e de uma passividade fatalista dos indivíduos e dos poderes com relação a essas questões consideradas em seu conjunto. (GUATTARI, 2011, p. 23).

A ecologia social trabalhará pela reconstrução das relações humanas em todos os níveis, do *socius*, como forma de perder a percepção da avalanche da era capitalista.

[4] O Relatório do IPCC (Intergovernmental Panel on Climate Change), de abril de 2014, demonstra que a existência de danos irreversíveis ao planeta em decorrência das mudanças climáticas é certa, bem como perda de espécies e biodiversidade, havendo ainda a acidificação dos oceanos, afetando diretamente a vida marinha e os arrecifes de corais. A preocupação é também com a segurança alimentar, com diversas perdas em plantações por todo o globo. Nesse sentido, o relatório apresenta opções de mitigação das mudanças climáticas, como ações de intervenção humana para reduzir as fontes de gases de efeito estufa. Assim, o Relatório do IPCC traz meios para mitigação dos danos, os quais somente produzirão o mínimo de resultado se houver cooperação e ajuda mútua entre todos os Estados.

Ao observar um verdadeiro colapso das relações homem/homem e homem/meio ambiente, Félix Guattari propõe uma nova forma de viver e pensar o mundo, a partir de modificações nas relações sociais e, essencialmente, com sua subjetividade, criticando a visão cartesiana da existência pelo pensamento ocidental moderno, bem como as consequências que a influência da subjetividade captalística causa nos sujeitos.

A crise de percepção atinge, assim, a ecologia mental (subjetividade) e a social, a qual deverá trabalhar na reconstrução das relações humanas em todos os níveis, visto que se deslocaram pelo poder capitalista, que ampliou seu domínio sobre o conjunto da vida social, econômica e cultural do planeta, infiltrando-se ainda no inconsciente. Para esta subjetividade capitalística trazida por Félix Guattari (1990, p. 17), toda singularidade deveria ou ser evitada ou passar pelo crivo de aparelhos e quadros de referência especializados, esforçando-se por gerar o mundo da infância, do amor, da arte, curando a angustia, a loucura, a dor, a morte, o sentimento de estar perdido no cosmos.

4.2 O apoio à mudança pela teoria da complexidade e pela alfabetização e percepção ecológica de Fritjof Capra

De modo semelhante, Fritjof Capra (2005, p. 13-15) propõe aplicar ao domínio social a nova compreensão da vida nascida da teoria da complexidade, apresentando uma estrutura conceitual que integra as dimensões biológica, cognitiva e social da vida, a qual ele denomina "visão sistêmica da vida". Seu problema central é a mudança fundamental de visão de mundo ocorrida na ciência e na sociedade, levando a uma nova visão da realidade e as consequências sociais da transformação cultural.

O sentido mais importante retirado do pensamento do autor é o da necessidade de integração entre a vida biológica e a vida social, a qual passa, necessariamente, pela consciência e subjetividade do ser humano. Ainda não há um consenso a respeito de vários aspectos da formação da vida, da dinâmica perfeita dos ecossistemas e da natureza e da consciência humanas. Entretanto, o que se deve considerar é que toda a vida possui uma estrutura complexa – não linear – que se repete nos fenômenos sociais e cognitivos, os

quais devem orientar as ações humanas de modo a não comprometer as demais formas vivas do planeta.

Requer-se, portanto, uma mudança de paradigma para a construção de uma nova relação entre o homem e o meio ambiente, mediante ética e racionalidade novas e uma educação transformadora, privilegiando a construção de um conhecimento transdisciplinar e complexo para o enfrentamento da crise ambiental e de percepção.

O Autor aplica a teoria da complexidade (composta por três dimensões: biológica (vida), cognitiva (mente e consciência e social (realidade) dos sistemas vivos (forma, matéria e processo), como por exemplo, o metabolismo de uma célula (consiste ele numa rede (forma) de reações químicas (processo) que envolvem a produção dos componentes da própria célula (matéria) e respondem cognitivamente (processo) às perturbações do ambiente) nas organizações humanas. (CAPRA, 2005, p. 83)

O foco, portanto, são os processos e padrões de organização dos sistemas vivos, ou como o Autor menciona: "(...) nas conexões ocultas entre esses fenômenos" para que seja aplicada ao domínio social." (CAPRA, 2005, p. 84).

Partindo disto, é possível, numa similitude, compreender as organizações humanas como um sistema vivo já que elas se organizam em rede (interagem umas com as outras), se autoreproduzem e respondem as perturbações externas com mudanças estruturais:

> Os sistemas sociais vivos são redes autogeradoras de comunicações. Isso significa que uma organização humana só será um sistema vivo se for organizada em rede ou contiver redes menores dentro dos seus limites. As redes vivas, como já vimos, são autogeradoras. Cada comunicação gera pensamentos e um significado, os quais dão origem a novas comunicações. Dessa maneira, a rede inteira gera para si mesma, produzindo um contexto comum de significados, um corpo comum de conhecimento, regras de conduta, um limite e uma identidade coletiva para seus membros. (CAPRA, 2005, p. 117-119).

Essa aplicação do sistema vivos na organização humana/domínio social auxiliará a lidar com as complicações do ambiente empresarial e torná-las sustentáveis do ponto de vista ecológico.

Daí que Capra aplica os conceitos que foram desenvolvidos sobre os sistemas vivos nas organizações empresariais (rede de comunicação entre os indivíduos organizados) e cria uma cultura que se sustenta nas redes globais de comunicação e que determinam valores, crenças e regras de conduta:

> O ato de dar vida às organizações humanas pelo fortalecimento de suas comunidades de prática não só aumenta-lhes a flexibilidade, a criatividade e o potencial de aprendizado como também aumenta a dignidade e a humanidade dos indivíduos que compõem a organização, que vão tomando contato com essas qualidades em si mesmos. Em outras palavras, a valorização da vida e da auto-organização fortalece e capacita o indivíduo. Cria ambientes de trabalho sadios dos pontos de vista mental e emocional, nos quais as pessoas sentem-se apoiadas na busca de realização dos seus próprios objetivos e não têm de sacrificar a própria integridade a fim de atender às exigências da organização. (CAPRA, 2005, p. 125).

O objetivo da mencionada adaptação de teoria é auxiliar nos desafios do século XXI e alertar a necessidade das organizações humanas de passarem por uma mudança fundamental, tanto para adaptar-se ao novo ambiente quanto para tornar-se sustentável do ponto de vista ecológico:

> Para construir uma sociedade sustentável para nossos filhos e as gerações futuras, temos de repensar desde a base uma boa parte das nossas tecnologias e instituições sociais, de modo a conseguir transpor o enorme abismo que se abriu entre os projetos humanos e os sistemas ecologicamente sustentáveis da natureza. As organizações humanas precisam passar por uma mudança fundamental, tanto para se adaptar ao novo ambiente empresarial quanto para tornar-se sustentáveis do ponto de vista ecológico. Esse duplo desafio é urgente e real, de modo que as recentes e exaustivas discussões sobre a mudança empresarial estão plenamente justificadas. (CAPRA, 2005, p. 99).

A consciência da história é principalmente a consciência da mudança ou da necessidade da mudança, o que implica a intenção de mudar, de aperfeiçoar ou de restaurar uma determinada realidade, isto é a percepção da crise é indispensável para o homem dela sair.

Dessa forma, o grande desafio do século XXI é a percepção da crise com a mudança do sistema de valores que está por trás da economia global, de modo a torná-lo compatível com as exigências da dignidade humana e da sustentabilidade ecológica, por meio das mudanças nos valores que exaltam o consumo material; que regulam o sistema financeiro global e que desencadeiam uma série de consequências negativas.

A chave de uma definição operativa de sustentabilidade ecológica é a percepção de que o homem não precisa inventar comunidades humanas sustentáveis a partir do nada; podem moldá-las segundo os ecossistemas naturais, que são comunidades sustentáveis de vegetais, animais e microorganismos.

A definição operativa de sustentabilidade exige que o primeiro passo do esforço de construção de comunidades sustentáveis seja a alfabetização ecológica (*ecoliteracy*), ou seja, a compreensão dos princípios de organização, comuns a todos sistemas vivos, que os ecossistemas desenvolveram para sustentar a teia da vida (CAPRA, 2005, p. 101).

A alfabetização ecológica, de concepção sistêmica e unificada, em que o padrão básico de organização da vida é a rede, e os sistemas vivos devem ser analisadas sob quatro perspectivas interligadas: a forma, a matéria, o processo e o significado, ajudam a compreender os seis princípios da ecologia que dizem respeito diretamente à sustentação da vida, ou seja, a saúde e ao bem estar. (CAPRA, 2005, p. 125).

A alfabetização ecológica - a compreensão dos princípios de organização que os ecossistemas desenvolveram para sustentar a vida - é outro passo no caminho para a superação da crise. (CAPRA, 2005, p. 125).

Nesse sentido, Edgar Morin (2011, p. 19-22), ao propor seus sete saberes necessários à educação do futuro, afirma que se deve enfrentar o problema de dupla face do erro e da ilusão, protegidos pela racionalidade, e mostrar que todo conhecimento está por eles ameaçado. Pelo fato de o conhecimento ser fruto de uma tradução ou reconstrução da linguagem e do pensamento, está sujeito a erro, comportando, ainda, interpretação, a qual introduz o risco do erro na subjetividade do receptor.

Edgar Morin (2011, p. 33-34) expõe ainda a profunda inadequação entre os saberes divididos e compartimentados e as realidades ou problemas multidisciplinares, transversais, multidimensionais, transnacionais, globais e planetários, devendo, portanto, tornar visíveis o contexto, o global, o multidimensional e o complexo.

A complexidade compreende a interdependência e implica uma noção de mudança radical, correspondendo à "união entre a unidade e a multiplicidade", devendo a educação promover uma inteligência para o complexo e o contexto, de modo multidimensional e dentro da concepção global. (MORIN, 2011, p. 36).

5 Conclusão

A sociedade atual sobrevive em meio ao paradoxo do desenvolvimento contínuo de meios técnico-científicos e de situações potencialmente capazes de promover desastres ecológicos globais.

A partir desse contexto de crise ambiental, diversas doutrinas, centradas apenas em si, surgiram com o escopo tão somente de preservar o homem ou o meio ambiente. Dentre elas, o antropocentrismo que coloca o homem no centro das relações subjugando o meio ambiente como objeto das satisfações das suas necessidades. E, de outro, pela Ecologia Profunda busca-se o retorno do ponto de vista mãe terra com a personificação e atribuição de direito subjetivos à natureza.

Entretanto, o dualismo entre as teses não elimina a hodierna crise ambiental de modo que o direito é instado a se manifestar, criando condições normativas para um meio justo. Partindo da necessidade de proteção, o direito une-se pelo manto da interdisciplinaridade com a economia, com o objetivo de assegurar o desenvolvimento econômico e a compatibilização com a preservação dos recursos naturais, por aquilo que se chama desenvolvimento sustentável, mas em uma visão mais acertada com a proteção ambiental.

Além disso, passou-se a repensar o papel do Estado como agente capaz de minimizar os impactos criados pela sociedade de risco atual e a realocar o direito ambiental, inserindo-o como direito fundamental constitucional, mediante a criação abstrata do Estado Ambiental, que embora apresente cunho teórico possui diversos princípios capazes de readequar a preservação ambiental e o desenvolvimento econômico.

Nesse sentido, o presente trabalho concluiu pela necessidade de uma mudança radical nas relações socais e mentais, mediante a interação entre as três ecologias, trazendo uma nova racionalidade e uma nova ética, modificando de forma substancial a relação entre o homem e o meio ambiente, como uma forma de ultrapassar a crise ambiental, da modernidade e de percepção (contexto policrítico), que leva o planeta a uma situação de catástrofe.

Conclui-se ainda que o Estado e o Direito não estão alheios a essa percepção, havendo uma ecologização das instituições sociais, por meio da constitucionalização do

meio ambiente e da previsão de mecanismos, direitos e deveres, a fim de atingir um mínimo de qualidade ambiental e de proteção.

Não se defende aqui o Estado Ambiental como um Estado totalitário e como o salvador de todos os problemas, pois é notório que constitui atualmente em um dos maiores poluidores, mas sim que a redefinição de seus objetivos e princípios é um caminho necessário para que se possa atingir uma maior proteção do meio ambiente, passando, indubitavelmente, por uma mudança radical na sociedade, na cultura e na educação.

Ocorre que os princípios ambientais, por si só, não são capazes de superar a crise ambiental. Daí surgir o discurso da conscientização ecológica por meio da Ecosofia das três ecologias do autor Felix Gattari e a crise da percepção por Frijot Capra.

A ecologia social permitirá a reconstrução das relações humanas em todos os níveis, entre o homem, mente e relações sociais, como forma de perder a percepção da avalanche da era capitalista global.

A percepção também aparece como chave para superar a crise ecológica na bandeira levantada por Frijot Capra na medida em que são necessários comunidades humanas sustentáveis.

Para além da órbita jurídica de princípios, a superação da crise ambiental em escala universal planetária somente é possível a partir de uma política ecológica que não prejudique a capacidade intrínseca da natureza de sustentar a vida, o que é possível, portanto, a partir da filosofia dos dois autores mencionados no presente artigo.

6 Referências Bibliográficas

AYALA, Patryck de Araújo. A proteção dos espaços naturais, mudanças climáticas globais e retrocessos existenciais: por que o estado não tem o direito de dispor sobre os rumos da existência da humanidade? In: CUREAI, Sandra; LEUZINGER, Márcia Dieguez; SILVA, Solante Teles da. (coord.). **Código florestal**: desafios e perspectivas. Coleção direito e desenvolvimento sustentável. v. 1. São Paulo: Fiuza, 2010.

_____. **Devido processo ambiental e o direito fundamental ao meio ambiente**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: ruma a uma outra modernidade. 2. ed. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: 34, 2011.

BENJAMIN, Antônio Herman. Direito constitucional ambiental brasileiro. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**, 5. ed. São Paulo, Saraiva, 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito do meio ambiente e crítica da razão cínica das normas jurídicas.** In: *Revista de Direito do Ambiente e Ordenamento do Território, Lisboa:* APD, n. 1, set. 1995.

CAPRA, Fritjof. **As conexões ocultas: ciência para uma vida sustentável.** Tradução Marcelo Brandão Cipolla. Cultrix: São Paulo, 2005

CHEMIN, Juliana. **A visão econômica do direito ambiental**. Revista de Direitos Difusos. Teses de Foz de Iguaçu II, ano 6, v. 30, p. 122, mar./abr. 2005.

Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. **Nosso futuro comum**. 2. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1991.

COSTA NETO, Nicolau Dino de Castro e. **Proteção Jurídica do Meio Ambiente: I Florestas.** Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2001.

ESTEVA, Gustavo. Desenvolvimento. In: SACHS, Wolfgang (ed.). **Dicionário do desenvolvimento**: guia para o conhecimento como poder. Trad. Vera Lúcia M. Joscelyne, Susana de Gyalokay e Jaime A. Clase. Petrópolis: Vozes, 2000.

FERREIRA, Heline Sivini; CAETANO, Matheus Almeida. (Org.). **Repensando o estado de direito ambiental**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012.

GERENT, Juliana. **Direito ambiental e a teoria econômica neoclássica - valoração do bem ambiental**. Revista Jurídica Cesumar, v. 8, n. 2, p. 273-289, jul./dez. 2008.

GUARESCHI, Charlene Quevedo**. Análise econômica do direito ambiental e o princípio do desenvolvimento sustentável**. 2º Fórum Internacional Ecoinovar Santa Maria/RS – 23 e 24 de Setembro de 2013.

GUATTARI, Félix. **As três ecologias**. Tradução Maria Cristina F. Bittencourt. Campinas: Papirus, 2001.

KLOEPFER, Michael. A caminho do estado ambiental? A transformação do sistema político e econômico da República Federal da Alemanha através da proteção ambiental especialmente desde a perspectiva da ciência jurídica. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (org.). **Estado socioambiental e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

LEITE, José Rubens Morato. Sociedade de risco e Estado. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**, 5. ed. São Paulo, Saraiva, 2012.

_____; AYALA, Patryck de Araújo. **Dano ambiental**: do individual ao coletivo extrapatrimonial: teoria e prática. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MONTIBELLER FILHO, Gilberto. **O Mito do Desenvolvimento Sustentável: meio ambiente e custos sociais no moderno sistema produtor de mercadorias.** 2. ed. Florianópolis: UFSC, 2004.

MORIN, Edgar. **Os sete saberes necessários à educação do futuro**. 2. ed. São Paulo: Cortez; Brasília, DF: UNESCO, 2011.

_____; KERN, Anne-Grigitte. **Terra-Pátria**. Trad. Paulo Neves da Silva. 6. ed. Porto Alegre: Sulina, 2011.

NUNES JUNIOR, Amandino Teixeira. **O estado ambiental de direito**. Revista de Informação Legislativa. Distrito Federal: Senado Federal, 2004, a. 41, n. 163, jul/set. 2004, p. 295-307.

OST, Fraçois. **A natureza à margem da lei: a ecologia à prova do direito.** Instituto Piaget, 1995.

PILATI, Luciana Cardoso; LEITE, José Rubens Morato. **Direito Ambiental Simplificado.** São Paulo: Saraiva, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Estado socioambiental e mínimo existencial (ecológico?): algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (org.). **Estado socioambiental e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SOARES, Remi. Aparecida de Araújo, **Proteção Ambiental e Desenvolvimento Econômico - Conciliação.** Curitiba: Curitiva, 2005.

SOUZA, Paulo Roberto Pereira de. A tutela jurisdicional do meio ambiente e seu grau de eficácia. In: LEITE, José Rubens Morato; DANTAS, Marcelo Buzaglo (Orgs.). **Aspectos Processuais do Direito Ambiental.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003

A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO PENAL E A SUA (IN)COMPATIBILIDADE COM A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Carlos Augusto Ribeiro da Silva[*]

Palavras-chave: processo penal; ônus da prova; inversão; presunção de inocência.

Resumo: Com o propósito de demonstrar se a inversão do ônus da prova no processo penal é compatível com o princípio da presunção de inocência, utilizando-se, para tanto, o método dedutivo, a pesquisa é propulsionada pela premissa de que o sistema acusatório, formalmente, foi o recepcionado por *terrae brasilis*, mais especificamente por intermédio da Constituição da República Federativa do Brasil, de maneira que o trabalho descreve os aspectos fundamentais desse sistema como forma de entender a sua razão de ser e, precipuamente, destrincha a sua dinâmica probatória, como maneira de subsidiar o entendimento de sua matriz de aplicação. Passa-se, logo em seguida, a expor como se desdobra o ônus da prova em um processo penal acusatório, de forma a explicitar as cargas probatórias que são inerentes ao acusado e ao acusador dentro da dialética processual penal. Após, a pesquisa, denotando alguns significantes do princípio da presunção de inocência, traça as regras de tratamento e julgamento decorrentes diretamente deste princípio, de sorte que exsurge a regra de julgamento consubstanciada no in dubio pro reo. Sucessivamente, discorre sobre a raiz da prática jurídica da inversão do ônus da prova no ordenamento jurídico brasileiro, imergindo, para tanto, no Direito Civil. Além disso, constatada a raiz da prática jurídica em voga, compatibiliza as regras traçadas sobre o ônus da prova e a presunção de inocência, de forma a examinar se realmente é possível a inversão do ônus da prova no processo penal sem o ferimento do aludido princípio constitucional. De posse dessas análises, inexoravelmente, constata-se que a inversão do ônus da prova no processo penal quando levada a efeito, é antagônica com a presunção de inocência, de modo que a sua subsistência denota uma faceta inquisitorial e, via de consequência, a instauração de uma verdadeira presunção de culpabilidade, subvertendo o princípio da presunção de inocência positivado na Constituição da República Federativa do Brasil.

[*] Advogado Criminalista. Pós-graduando em Ciências Criminais pela Faculdade CESUSC.

Keywords: criminal proceedings; burden of proof; reversal; presumption of innocence.

Abstract: In order to demonstrate the reversal of the burden of proof in criminal proceedings is compatible with the principle of presumption of innocence, using, therefore, the deductive method, the research is driven by the premise that the adversarial system, formally, was welcomed by Brazil, specifically through the Constitution of the Federative Republic of Brazil, so that the paper describes the fundamental aspects of this system as a way to understand their reason for being and, primarily, unpacks its probative dynamic as way to subsidize the understanding of its application matrix. It goes up, then immediately, exposing as it unfolds the burden of proof in an accusatory criminal proceedings in order to explain the evidentiary burdens that are inherent to the accused and the accuser in the criminal procedural dialectic. After the search, showing some significant principle of the presumption of innocence, outlines the conditions for treatment and judgment arising directly from this principle, so that Exsurge the judgment rule embodied in the in dubio pro reo. Successively discusses the root of the legal practice of reversing the burden of proof in the Brazilian legal system, immersing, therefore, the civil law. Also, found the root of the legal practice in vogue, reconciles the rules drawn on the burden of proof and the presumption of innocence, in order to examine whether the reversal of the burden of proof in criminal proceedings without the aforementioned principle of injury can really constitutional. Based on this analysis, inexorably, it appears that the reversal of the burden of proof in criminal proceedings when carried out, is antagonistic to the presumption of innocence, so that their livelihood denotes a inquisitorial aspect and, in consequence, the establishment of a real presumption of guilt, subverting the principle of presumption of innocence positivado the Constitution of the Federative Republic of Brazil.

1 Introdução

O presente trabalho visa a analisar a prática forense da inversão do ônus da prova no processo penal brasileiro e a sua (in)compatibilidade com a presunção de inocência, amplamente difundida na jurisprudência pátria, de forma que, a jurisprudência, fundando-se em uma situação de fato, como, por exemplo, a apreensão de um objeto furtado na posse do acusado, inverte o ônus da prova no processo penal e, via de consequência, acaba impondo ao acusado a comprovação de sua inocência. Portanto, o que se questiona é se a mencionada prática é compatível com o princípio da presunção de inocência. Assim, o objetivo geral do trabalho é demonstrar, a partir de um marco teórico estritamente técnico, se é possível inverter-se o ônus da prova dentro de um processo penal e compatibilizá-lo com a presunção de inocência.

Ao longo do estudo, define-se as características e os elementos essenciais do sistema acusatório, o qual, depois de devidamente delineado, constitui um suporte para a análise do ônus da prova dentro da dinâmica processual penal. Sucessivamente, destrincha-se o princípio da presunção de inocência, abordando seus significativos e a sua influência na disciplina de prova no processo penal. Já, em derradeiro, faz-se um estudo sobre a inversão do ônus da prova no processo penal e sua incompatibilidade com o princípio da presunção de inocência, de modo que as premissas dessa seção foram traçadas nas seções anteriores, fazendo-se, portanto, uma dedução lógica partir do estudo anteriormente explorado.

O presente artigo se encerra com a conclusão, nas quais são apresentados pontos conclusivos destacados, seguidos da estimulação à continuidade dos estudos e das reflexões sobre a inversão do ônus da prova no processo penal e sua (in)compatibilidade com o estado de inocência.

Com este itinerário, espera-se alcançar o intuito que ensejou a preferência por este estudo: demonstrar se a inversão do ônus da prova no processo penal é compatível com o princípio da presunção de inocência.

2 A recepção e a estrutura do sistema acusatório

Inicialmente, não se olvida, no que tange aos sistemas processuais penais, que há certa celeuma na doutrina sobre a classificação do processo penal brasileiro que ora filiam-

no ao sistema acusatório, ora ao sistema misto. Isso ocorre devido ao fato do processo penal pátrio constituir-se de uma fase naturalmente inquisitiva, realizada no âmbito do inquérito policial, e uma fase propriamente acusatória, na qual se deflagram procedimentos sob a óptica do contraditório e da ampla defesa.

Nessa linha, a título de exemplificação da discussão, tem-se a posição de Hélio de Bastos Tornagui, que filia o sistema processual penal pátrio ao denominado sistema misto, ao aduzir que a apuração de um fato criminoso e de sua autoria é feita no inquérito policial, essencialmente inquisitório e, após, deflagra-se um processo acusatório, consubstanciado na instrução e julgamento (TORNAGUI, 1997, p. 18). Já, por outro lado, Fernando da Costa Tourinho filho (2011, p. 124), afirma peremptoriamente que o processo penal brasileiro é de tipo acusatório, na medida em que se tem um processo de partes, no qual, a acusação, nos crimes de ação pública, está a cargo do Ministério Público e, nas ações penais privadas, ao particular, sob a égide de um procedimento eminentemente contraditório, informado pelo princípio da publicidade.

Logo, nada obstante às divergências, adotando-se um escopo mais moderno e realista, tem-se que, no fundo, o sistema processual pátrio é um sistema acusatório não puro, ortodoxo, mas um sistema acusatório com vestígios de inquisitivo. Diz-se isso porque, admite-se ainda hoje que alguns atos que deveriam ser levados a efeito pelas partes, sejam praticados por juízes, como por exemplo, o artigo 156 do Código de Processo Penal (CPP)[1], no qual sugere-se que o magistrado aja como se parte do processo fosse, ordenando até mesmo diligências de busca de prova, o que, de maneira patente, acarreta, no mínimo, uma confusão de funções dos sujeitos processuais.

Desta feita, nota-se que, malgrado os laivos inquisitivos no sistema processual penal brasileiro, é fato insofismável que a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) consagrou o princípio acusatório e, por consequência, instituiu o sistema acusatório, o qual, como muito bem explica Antônio Alberto Machado, é um conjunto de normas e princípios, leis e procedimentos concatenados para a realização de um julgamento

[1] Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:
I - ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida.
II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

efetivamente justo, informado pelo princípio acusatório, cujo resultado é um processo de partes, caracterizado pela rígida separação de funções de investigar, acusar, defender e julgar, configurando, destarte, verdadeira oposição ao desvalor do processo inquisitivo (MACHADO, 2009, p. 10).

Aliás, sobre tal aspecto, merece ser trazido à baila o magistério de Antônio Alberto Machado

> A partir do momento em que a Constituição Federal entregou as funções de investigar à polícia judiciária (art.144); encarregou o Ministério Público (art.129,I) ou particular (art. 5º, LV) das funções de acusar; atribuiu ao Poder Judiciário a competência para o julgamento das causas criminais (arts. 92 a 126); assegurou a imparcialidade dos juízes (art.95, parágrafo único); garantiu o direito de defesa e o contraditório (art. 5º, LV); e decretou a publicidade dos atos judiciais como regra (art. 5º, LX), não há dúvida de que consagrou o princípio do processo acusatório, enquanto processo de partes, com rigorosa separação entre as funções de investigar, acusar, defender e julgar (MACHADO, 2009, p. 10).

Portanto, ao passo que a CRFB concedeu ao Ministério Público, mais especificamente em seu artigo 129, I[2], a exclusividade da ação penal, oficializando-o como genuíno órgão acusador e, por consequência, deixando nítida as figuras daquele que acusa e que julga, as quais não mais se confundem, deu o constituinte o primeiro passo para que a recepção do sistema processual penal fosse pelo acusatório, de modo que, quaisquer normas infraconstitucionais, previstas no CPP ou na legislação processual penal extravagante, que estiverem em conflito com o princípio do processo acusatório, estabelecido na CRFB, deverão ser reputadas inconstitucionais e, com efeito, inválidas.

Nesse norte, a corroborar a recepção do sistema processual penal acusatório, nota-se que, por meio de uma interpretação sistemática[3] da CRFB, é evidente que ao passo em que esta concede ao Ministério Público a titularidade exclusiva da ação penal e, ao mesmo tempo, prevê garantias constitucionais que devem ser respeitadas ao longo do processo,

[2] Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I – promover, privativamente, ação penal pública, na forma da lei.

[3] A intepretação sistemática parte da ideia de procurar extrair o conteúdo de uma norma jurídica por meio da análise sistemática de todo o ordenamento jurídico, na medida em que este não é lógico. Ou seja, pressupõe-se que o ordenamento jurídico é um todo unitário, sem incompatibilidades, devendo-se escolher o significado da norma que esteja em conjunto com o ordenamento. Arrematando: as normas não podem ser interpretadas de modo isolado, devendo ser interpretadas em sintonia com a Constituição Federal e as demais normas que compõem o ordenamento.

opondo-se ao sistema inquisitivo, recepcionou ela o sistema processual penal dito acusatório.

Nas lições de Luigi Ferrajoli, o sistema acusatório tem sua *ratio* no fato de haver um juiz como um sujeito passivo rigidamente separado da defesa e da acusação, sem com estes confundir-se, garantindo-lhes um julgamento com um debate paritário, iniciado pela acusação, a qual compete o ônus da prova, desenvolvida com a defesa mediante um debate público e oral e solucionado pelo juiz como base na sua livre convicção (FERRAJOLI, 2010, p. 520 e 521).

Em outro giro, tem-se que o processo penal possui como um de seus objetivos a reconstituição de um fato histórico, ou seja, buscar a reconstituição do cenário em que ocorreu o crime com todas as suas circunstâncias e seus a(u)tores de modo que, para chegar-se a esta reconstituição é necessário um arcabouço de provas, no qual deve seguir-se algumas regras que regulamentam a produção probatória.

Nessa linha, o CPP, a partir do Título VII, contemplou um conjunto de regras que regulamentam a produção de provas no âmbito do processo penal. Para isto, estabeleceu normas gerais delineadoras de critérios a serem utilizados pelo magistrado na valoração dos elementos de convicção carreados ao processo e ao ônus probante, bem como disciplinou determinados meios específicos de prova, ou seja, elementos trazidos ao processo capazes de influir na elucidação dos fatos.

Especificamente no direito brasileiro, o CPP adotou como regra, o sistema do livre convencimento motivado ou da persuasão racional, cujo fulcro está insculpido no artigo 155 do CPP[4], constituindo-se de uma efetiva garantia da fundamentação das decisões judiciais. Esse sistema, conforme explica Aury Lopes Júnior, consiste, basicamente, na ausência da prova tarifada, de modo que todas as provas são relativas, não tendo nenhuma delas maior prestígio ou valor do que as outras (LOPES JUNIOR, 2014, p. 576), possuindo o juiz liberdade na apreciação das provas, porém esta não é irrestrita, devendo o julgador fundamentar as razões de seu entendimento.

[4] Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Nesse passo, partindo-se de uma análise estrutural do próprio Código de Processo Penal, tem-se que este, no concernente à dinâmica probatória, possui quatro etapas de produção probatória, consubstanciadas nos seguintes momentos a) proposição: é a fase na qual as provas são requeridas pelas partes ao julgador ou por elas trazidas à sua admissão; b) admissão: momento no qual as provas produzidas ou requeridas pelas partes serão deferidas ou não pelos magistrados; c) produção: atos processuais destinados a trazer para dentro do processo as provas propostas pelas partes e admitidas pelo magistrado; e d) valoração apreciação das provas pelo juiz, de modo que conferir-lhe-ás o valor que julgar pertinente (AVENA, 2012, p. 448 e 449).

Ainda, mister destacar que, em regra, sendo o Ministério Público o titular da ação penal e incumbido de provar a acusação ostentada em juízo, a qual será provada por meio de provas, nota-se que essas não constituem apenas um direito, mas, também, um ônus, cujo suporte está no princípio dispositivo, fundante do sistema acusatório, o qual remonta à ideia de que a gestão da prova está nas mãos das partes (juiz-espectador).

O princípio dispositivo, como explica Gustavo Henrique Badaró, representa a disponibilidade das partes – acusador e defensor – em gerar consequências sobre o objeto do processo, por meio do reconhecimento do pedido, da transação, da renúncia ao direito (BADARÓ, 2003, p. 153). Todavia, no processo penal brasileiro, esse princípio fundante é mitigado, na medida em que o magistrado pode determinar a produção de prova, *ex oficcio*, sob o fundamento de ser relevante para a produção dos fatos, dilacerando, de maneira patente, o coração do sistema acusatório.

Entretanto, como já mencionado alhures, mesmo com o supramencionado laivo inquisitivo, deve-se principalmente na gestão de provas, promovê-la sob a óptica constitucional, de modo a compatibilizá-la às exigências atuais, tais como as garantias constitucionais.

3 A distribuição do ônus da prova no processo penal

Em um primeiro plano, faz-se mister trazer que há duas concepções diferentes sobre o ônus da prova no processo penal, nas quais, a primeira, a bem da verdade, se

respalda em raízes estritamente civilistas, alegando que o ônus da prova é dividido entre a defesa e a acusação. Já a segunda visão entende que o ônus da prova é todo da acusação, de modo que é necessário compatibilizá-lo com o postulado da presunção de inocência. A primeira visão é a dominante. A segunda é a qual este estudo filia-se. Far-se-á uma análise das duas correntes.

Atinente à corrente da divisão de cargas no processo penal, faz-se necessário remontar às raízes civilistas do ônus da prova, as quais, inegavelmente, influenciaram nas regras de distribuição da carga probatória no processo penal pátrio, precipuamente porque a doutrina processual penal sobre o ônus da prova, muitas vezes fez apenas uma simples transposição da distinção entre fatos constitutivos, impeditivos e modificativos do direito, a qual foi elaborada pelos doutrinadores processualistas civis (BADARÓ, 2003, p. 258).

Assim, o Código de Processo Civil (CPC), em seu artigo 333[5], dispõe sobre o ônus da prova de modo expresso, aduzindo que cabe ao autor provar os fatos constitutivos de seu direito e, ao réu, eventuais fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito que o autor alega possuir.

A partir da leitura do artigo acima, exsurge a interpretação de que aquele que vem ao órgão jurisdicional com uma pretensão de assegurar algum direito, deverá provar as suas condições de constituição, sem presumir-se a sua existência, ou seja, deverá provar em que se funda aquela pretensão deduzida em juízo, constituindo o direito que alega lhe caber, de modo que, as condições anormais, ou seja, as condições que tenham o condão de derruir ou modificar o direito aventado pelo autor devem ser provadas pelo réu, incumbindo-lhe esse ônus.

Nota-se que esta distribuição é levada a efeito conforme a posição processual que a parte assume. Se ela está no polo ativo compete-lhe provar, como dito, o fato constitutivo de seu pretenso direito. Caso esteja no polo passivo, compete-lhe apenas provar fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito alegado pelo autor (TALAMINI, 2011, p. 506). Desse modo, nessa órbita, mais especificamente acerca de cada fato disposto no artigo 333 do CPC, merece ser trazido à baila a objetiva lição de Gustavo Henrique Badaró:

[5] Art. 333 - O ônus da prova incumbe:
I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;
II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

> Fatos constitutivos são aqueles que têm a eficácia jurídica de fazer nascer, de constituir, uma relação jurídica. São fatos que dão o vida ao direito. O ônus da prova dos fatos constitutivos incumbe ao autor. Fatos modificativos ou extintivos são fatos que operam em um momento posterior à constituição da relação jurídica, tendo a força de modificar a eficácia jurídica já produzida por essa relação ou determinar a sua extinção. O ônus da prova dos fatos modificativos e extintivos incumbe ao réu. Por fim, os fatos impeditivos são aqueles cuja essência é necessária para a eficácia jurídica dos fatos constitutivos e cujo concurso impede a produção de seus efeitos. Os fatos impeditivos quando comprovados impedem que o fato constitutivo produza o efeito que lhe é normal ou próprio, que constitui a sua razão de ser. Também para os fatos impeditivos o ônus da prova é do réu. (BADARÓ, 2003, p. 247 e 248).

Ora, entendidas as regras acima explicitadas, é fácil perceber que tanto no processo civil quanto no processo penal, deverá partir-se da premissa de que é sobre a parte que alega um direito que irá recair a incumbência de demonstrar a existência do fato que alega existir, de modo que cabe trazer na íntegra o disposto no artigo 156 do CPP, o qual, apesar de não trazer em seu bojo uma observância patente ao direito material, em muito não se difere do critério adotado pelo legislador processual civil, ao preconizar o seguinte:

> Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:
> I - ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; (Acrescentado pela L-011.690-2008)
> II - determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

Avulta, no mencionado dispositivo, que a regra concernente ao *onus probandi*, ao encargo de provar, é regida pelo princípio *actori incumbit probatio* ou *onus probandi incubit ei qui asserit*, ou seja, deve incumbir-se da prova o autor da tese levantada, não diferindo, o *caput* do dispositivo supracitado da essência do ônus da prova no processo civil.

Logo, à luz da legislação processual civil, cabe à acusação demonstrar: existência do fato imputado e sua autoria, a tipicidade da conduta, os elementos subjetivos de dolo ou culpa, a existência de circunstâncias agravantes e qualificadoras. De outro lado, quando o réu aventar qualquer excludente de ilicitude ou culpabilidade, por serem consideradas fatos impeditivos, capazes de obstar a eficácia do direito de punir estatal, estas devem ser provadas pelo acusado (BADARÓ, 2003, p. 258).

A segunda concepção, por outro lado, preconiza que não há uma verdadeira distribuição de provas dentro do processo penal pátrio, isto é, não há cargas probatórias impostas ao acusado, precipuamente quando se está diante de um processo penal acusatório sob a égide do princípio da presunção de inocência. Essa corrente, para tanto, faz uma interpretação constitucional do artigo 156 do CPP, preconizando que está totalmente na mão do acusador provar o fato típico, ilícito e culpável com todas as suas circunstâncias[6].

Nesse estudo, avulta-se que deve prevalecer essa concepção, na medida em que o réu nada tem a provar, sua única incumbência dentro de um processo penal dito acusatório é de opor-se à pretensão acusatória. É a acusação, o Ministério Público, que deve provar o que alegou. Não podendo, diante da temerária situação de extirpação do convívio social, que, em regra, é o poder repressivo estatal, simplesmente remontar-se ao Direito Processual Civil, o qual, como dito alhures, em regra, trata-se de instrumento para garantia de direitos disponíveis, sob pena de levar a efeito uma regra de julgamento à revelia da presunção de inocência.

A corroborar o exposto acima, insta transcrever o entendimento de Carl Josef Anton Mittermaier:

> As analogias do processo civil ainda fizeram considerar as justificações dadas pelo acusado, com relação a circunstâncias de fato a si favoráveis, como verdadeiras exceções, cuja prova lhe incumbe. Porém é este um dos raciocínios mais falsos e perigosos. A confusão que a este respeito reina no direito civil, encontramo-la no direito criminal, sempre que para aí passa um tal princípio; e assim como no primeiro tentou-se classificar sob diversas denominações as exceções que o réu pode apresentar, assim também os antigos criminalistas trataram da exceção álibi e da exceção culpa; e, se nos modernos tempos caíram em desuso estas denominações, não deixou de substituir em alguns espíritos a opinião de que, em matéria de exceção (se, por exemplo, alega-se o caso de legítima defesa, etc., etc.), a prova compete ao acusado. Ora, embora restrita a um pequeno número de casos, esta opinião é insustentável com referência ao processo criminal; e, especialmente aplicada à confissão parcial (qualificada), tem produzido grandes inconvenientes. (MITTERMAIER, 1997, p.124).

[6] A maioria do doutrinadores sustenta que para que se possa falar em crime é preciso que o agente tenha praticado uma ação típica, ilícita e culpável. É a teoria tripartida de crime. Assim, o delito é uma conduta humana individualizada mediante um dispositivo legal que revela a sua proibição, que por não estar permitida por nenhum preceito jurídico é contrária ao ordenamento jurídico e que, por ser exigível do auto que atuasse de outra maneira nessa circunstância, lhe é reprovável. ZAFFARONI; PIERANGELI, 1999. p. 342).

Nessa visão, é justamente essa a regra de julgamento que deve o juiz seguir: se a acusação tem o dever (note-se bem: dever, não "faculdade") de provar que o réu cometeu um fato típico, ilícito e culpável, não pode o juiz, diante destas afirmações propulsoras da ação penal, atribuir ao famigerado acusado o encargo de provar quando este ventilar alguma causa impeditiva, modificativa ou extintiva da pretensão acusatória, haja vista que é presumidamente inocente e não há carga probatória alguma, apenas devendo gerar uma dúvida razoável para ser absolvido.

Como se percebe, ao afirmar que o ônus da prova é todo da acusação, estar-se-á trabalhando com premissas compatíveis com os princípios da presunção de inocência e do *in dubio pro reo*, de modo que, ainda, é de todo oportuno externar que apesar de não haver ônus probatório imposto ao acusado, nada lhe impede que possa produzir provas, principalmente porque é inegável que existe um interesse do acusado em demonstrar sua inocência, mas este apenas assume o risco de não produzir provas nesse sentido, não podendo, diante do exposto, que suas alegações com o intento de derruir a acusação sejam afastadas sob o argumento que não foram produzidas provas nesse sentido (BADARÓ, 2003, p. 301).

Desta maneira, inexorável a conclusão de que a acusação, consoante a segunda concepção delineada, a qual filia-se esse trabalho, é que deve provar um fato típico, ilícito e culpável, com todas as suas circunstâncias relevantes, de maneira que ao réu cabe apenas opor-se à pretensão acusatória, precipuamente porque é parte hipossuficiente dentro do processo penal, haja vista que enfrenta o rolo compressor Estatal, que o quer ver sujeito ao seu aparato de persecução penal, de modo que o artigo 156 do Código de Processo Penal encontra-se, em muito, equivocado, haja vista sua raiz estritamente civilista, à revelia dos postulados constitucionais que pautam o processo penal pátrio.

4 A presunção de inocência como regra de julgamento

No Brasil, o princípio da presunção de inocência é um desdobramento do princípio do devido processo legal, consagrando-se como um dos mais importantes pilares do Estado Democrático de Direito, sendo inserto no artigo 5º, LVII, da CRFB, preconizando que

ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (AVENA, 2012, p. 27 e 28).

Sob a perspectiva do julgado, a presunção de inocência, dentro da dinâmica probatória do processo penal, assume uma grande relevância, precipuamente quanto ao valor processual que deve ser maximizado, pois, atento à carga probatória debruçada sobre os ombros do órgão acusador, quando o juiz constatar que um fato não foi devidamente provado, precipuamente aqueles constitutivos de direito do acusador, deve ele suscitar a dúvida, a qual deve ser resolvida em favor do acusado, de modo que a presunção de inocência constitui-se uma regra de julgamento consistente em um critério a ser seguido pelo julgador quando houver dúvida sobre fato relevante para a decisão da causa (BADARÓ, 2003, p. 295).

A presunção de inocência como regra de julgamento, consubstanciada no *in dubio pro reo*, busca a prevalência da tutela da liberdade do indivíduo, afastando àquela concepção inquisitorial e de cunho civilista de que a dúvida deva ser um verdadeiro *in dubio contra reum*, de forma que denota uma contenção do poder do Estado de punir, na medida em que há efetiva atribuição ao autor da ação penal condenatória de demonstrar de forma indubitável, todos os aspectos do fato criminoso que imputa ao acusado, acarretando que a ausência de certeza acerca desse direito constitutivo, impõe a manutenção da situação de inocência e, via de consequência, exsurgindo a dúvida, absolve-se o acusado, consistindo essa absolvição consequência da citada regra de julgamento.

Nesta acepção, percebe-se que o princípio da presunção de inocência, como garantia inerente a qualquer cidadão, impõe que, dentro do processo penal, o acusado seja resguardado pelo mencionado princípio de maneira absoluta, afastando-se a sua aplicabilidade apenas em um campo formal e abstrato, de sorte que através da existência de um ônus total nas costas do acusador – posição adotada nesse trabalho –, resulta que essa atribuição integral quando não devidamente suprida, resultando dúvida irremovível, deve sempre favorecer o acusado, até porque, como ressalta Gomes Filho, é elementar que a presunção de inocência traça diretrizes ao julgador em caso de dúvida, constituindo garantia fundamental a ser observada no âmbito probatório (GOMES FILHO, 1991, p. 48).

Ora, é de inexorável raciocínio que, como dito, o acusado, dentro do processo penal pátrio, a partir da óptica processual penal constitucional, apenas se opõe à pretensão

acusatória, não lhe competindo fazer nenhuma contraprova, pois a ele, é possível simplesmente negar, sem fundamento algum, os fatos que lhes são imputados, não acarretando em nenhuma veracidade do alegado pela acusação, ao contrário do que acontece no processo civil, quando, o qual, como mencionado, contenta-se com a verdade formal. Assim, devendo a acusação comprovar o fato criminoso com todas as suas circunstâncias possíveis e estando o réu sob o manto da presunção de inocência, o qual está intimamente ligado ao *in dubio pro reo*, a dúvida deve sempre vir em socorro ao acusado. Como bem salienta Afrânio Silva Jardim:

> Assim, não nos parece cientificamente correto resolver a questão do ônus da prova na ação penal condenatória na dependência do que, neste ou naquele caso foi alegado pela acusação ou pela defesa. Repita-se: a defesa não manifesta uma verdadeira pretensão, mas apenas pode se opor à pretensão punitiva do autor. Urge, destarte, tratar o problema do ônus da prova dentro de um sistema lógico, em termos genéricos e não casuisticamente.
> Pelo sistema proposto, ao réu sempre se atribuirá o benefício da dúvida, porque a dúvida demonstra apenas que a acusação não logrou convencer o órgão jurisdicional de que o acusado praticou a infração penal (tipicidade, ilicitude e culpabilidade), como afirmado na peça acusatória (JARDIM, 2002, p.213).

Conforme se extrai do exposto, o princípio da presunção de inocência, no escopo processual penal constitucional, apesar da intima relação com o princípio do *in dubio pro reo*, o transcende, na medida em que não se trata de mera aplicação de uma regra a favor do acusado em juízo de análise da prova. Muito mais, exige-se prova certeira da responsabilidade criminal do acusado, de modo a não suscitar nenhuma dúvida acerca das nuances do fato criminoso, devendo a responsabilidade criminal ser provada acima de qualquer dúvida. Dito de outra forma: mediante a aplicação absoluta da presunção de inocência, a regra de julgamento não é simplesmente a preponderância da prova, mas a necessidade que o julgador tem de apenas responsabilizar alguém criminalmente quando houver demonstração, acima de qualquer dúvida razoável, desta responsabilidade criminal.

Dessa maneira, a presunção de inocência, como regra de julgamento, consiste no critério a ser adotado sempre que houver dúvida sobre fato relevante para a decisão do processo, de modo que, como garantia fundamental que é, para a imposição de sentença condenatória, é necessário provar, eliminando qualquer dúvida razoável, impondo a

necessidade de certeza para alguém ser responsabilizado criminalmente (BADARÓ, 2003, p. 285).

Nessa órbita, definida a presunção de inocência como regra de julgamento, impende expor que a identificação dessa regra consiste, essencialmente, no *in dubio pro reo*, revelando um conteúdo garantista do ônus da prova, haja vista que nas situações em que o juiz deve aplicar a regra de julgamento, representa isso uma inegável garantia ao acusado, pois mais do que diretrizes voltadas ao juiz no momento de decidir sobre aspecto relevante dentro do processo, esse ônus objetivo – regra de julgamento –, é um mecanismo técnico-processual de realização da garantia política da presunção de inocência (BADARÓ, 2003, p. 300).

5 A raiz da inversão do ônus da prova

Em um primeiro plano, cabe rememorar que o Código de Processo Civil (CPC), em seu artigo 333, dispõe sobre o ônus da prova de modo expresso, aduzindo que cabe ao autor provar os fatos constitutivos de seu direito e, ao réu, eventuais fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito que o autor alega possuir[7], todavia, não faz expressa menção à inversão do ônus da prova, apenas destacando, em seu inciso I do parágrafo único[8], a única possibilidade de inversão do ônus da prova, a qual será pactuada pelas partes, alterando a ordem prevista em lei, quando tratar-se de direitos disponíveis.

Assim, excluindo a possibilidade da inversão acima mencionada, é sabido que em determinadas situações o juiz não angaria elementos suficientes aptos a sufragar um provimento jurisdicional e, no âmbito civilista, por necessidades econômicas e sociais, visando a proteção do consumidor, criou-se a figura da inversão do ônus da prova, na sua modalidade legal, positivada no artigo 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor (CDC), de forma que buscou-se o equilíbrio na relação processual, na qual figura o fornecedor e o consumidor, sendo este último, em regra, mais fraco.

---

[7] Ver o item 2.3.

[8] Art. 333 : [...]
Parágrafo único - É nula a convenção que distribui de maneira diversa o ônus da prova quando:
I - recair sobre direito indisponível da parte;
II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

Aduz artigo 6º, VIII, do CDC, o seguinte:

> Art. 6º São direitos básicos do consumidor:
> [...]
> VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;
> [...].

Portanto, a partir da interpretação do artigo 333 do CPC e do inciso VIII do artigo 6º do CDC, chega-se a uma conclusão, qual seja, a técnica da inversão do ônus da prova, com vistas à proteção do consumidor, subverte a lógica probatória do mencionado artigo do CPC, na medida em que a inversão levada a efeito pelo CDC libera o encargo probatório da parte autora em menoscabo do réu. Em outros termos: enquanto o CPC aduz que cabe ao autor provar os fatos constitutivos de seu direito, o CDC preconiza que cabe ao réu, em situações excepcionais, o ônus de provar a não-ocorrência dos fatos constitutivos do autor e, cumulativamente, o ônus ordinário de comprovar a ocorrência de algum fato impeditivo, extintivo ou modificativo do direito do autor (FERREIRA, 2014).

Todavia, para ser invertido o ônus da prova na seara cível, é necessário que dois requisitos sejam preenchidos cumulativamente ou alternativamente, quais sejam, o critério objetivo consistente na hipossuficiência e o critério subjetivo consistente na verossimilhança das alegações.

O critério objetivo consistente na hipossuficiência não está intimamente ligado à situação econômico-financeira do consumidor, e sim na sua vulnerabilidade dentro do processo cível, isto é, sua deficitária capacidade de probatória ante o fabricante, de forma que tal critério visa a tutela de um direito material consumerista, vulnerabilidade essa que pode significar a derrocada da sua tese constitutiva de direitos, frente à sua (in)capacidade de produção de provas.

Já o critério subjetivo consistente na verossimilhança das alegações, está intimamente ligado com o direito material pleiteado em juízo, na medida em que esse requisito é preenchido quando o autor mediante as provas e alegações já irrogadas constitui uma probabilidade enorme de que sejam verdadeiras as suas alegações.

Dessa forma, a inversão do ônus da prova no âmbito civilista, está prevista em lei, de modo que deve ser levada a efeito apenas quando essa o autoriza e estiverem presentes

cumulativamente ou alternativamente os requisitos acima explicitados, de forma que aquela só subsistirá quando o autor não consegue demonstrar os fatos constitutivos de sua pretensão e o réu não consegue demonstrar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos dessa mesma pretensão. Ou seja, o juiz frente a uma dúvida insuperável quanto aos fatos constitutivos não demonstrados pelo autor e não destruídos pelos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos dessa mesma pretensão, mediante o preenchimento dos mencionados requisitos, para que não deixe de decidir – *non liquet* –, pode utilizar-se das regras positivadas da inversão do ônus da prova (FERREIRA; FRANCO, 2008).

Nesse diapasão, a inversão do ônus da prova constitui-se uma regra de julgamento que será moldada diante do seguinte caminho: 1) O juiz, ao deparar-se com o processo, analisa as alegações tanto do autor quanto do réu, para formar seu convencimento e decidir a lide; 2) Caso chegue a um juízo de certeza, isto é, caso não tenha dúvidas acerca dos fatos trazidos a ele, deverá sentenciar favoravelmente àquele que está com o direito; 3) Caso contrário, ou seja, se ainda estiver dúvidas acerca do fato, analisará os requisitos objetivo e subjetivo a serem preenchidos pelo consumidor, os quais, caso constatados, darão supedâneo para deflagrar a inversão do ônus da prova; 4) Como resultado, se o réu destruir o direito constitutivo do autor, preenchendo o seu encargo de provar, que fora invertido, a ação será julgada de forma desfavorável ao consumidor e, caso contrário, caso o réu não angarie provas suficientes a preencher esse encargo, a ação será julgada favoravelmente ao consumidor (MONNERAT, 2006, p. 153 e 154).

Desse modo, definida a inversão do ônus da prova como regra de julgamento no processo civil, frente às demandas consumeristas, e destrinchando essa faceta da distribuição de cargas probatórias, faz-se necessário fazer um ligamento com o processo penal, ou seja, como essa regra de raiz civilista influencia a inversão do ônus da prova levada a efeito no âmbito penal nos foros do Brasil afora? A resposta é a seguinte: a divisão de cargas no processo penal, como dito, remonta às raízes civilistas do ônus da prova, as quais, inegavelmente, influenciaram nas regras de distribuição da carga probatória no processo penal pátrio, precipuamente porque a doutrina processual penal sobre o ônus da prova, muitas vezes fez apenas uma simples transposição da distinção entre fatos constitutivos, impeditivos e modificativos do direito, a qual foi elaborada pelos

doutrinadores processualistas civis (BADARÓ, 2003, p. 258), de forma que o CDC ao positivar a regra de inversão do ônus da prova, apenas corroborou as regras de distribuição já elencadas no CPC, mas esquece-se os aplicadores da inversão do ônus da prova no processo penal que, no processo civil, e precipuamente no âmbito do direito do consumidor, a lide versa, em regra, sobre direitos disponíveis, ao contrário do que ocorre no processo penal, que sempre versa sobre direitos indisponíveis (BADARÓ, 2003, p. 362).

Ora, traçada a raiz da inversão do ônus da prova, cabe trazer que o presente estudo, como já dito, filia-se a corrente de que o réu nada tem a provar, sua única incumbência dentro de um processo penal dito acusatório é de opor-se à pretensão acusatória. É a acusação, o Ministério Público, que deve provar o que alegou, afastando-se, portanto, sob a óptica constitucional do artigo 156 do CPP[9], as técnicas de distribuição civilista do ônus da prova, o que leva a seguinte indagação: mediante a temerária situação de estar-se diante de um direito indisponível – liberdade –, no processo penal, é compatível com a presunção de inocência uma inversão do ônus em decorrência da interpretação do mencionado dispositivo? Crê-se que a resposta é negativa.

6 A regra de julgamento no processo penal e a inversão do ônus da prova

De posse das análises das seções anteriores, apesar do esforço de pesquisa do presente estudo, não se encontrou na doutrina pátria algum doutrinador que afirme abertamente e veementemente ser possível a inversão do ônus da prova à maneira como é feita no processo civil, nem mesmo com a adaptação por meio dos princípios reitores do processo penal, sobretudo a presunção de inocência, todavia, malgrado a anemia teórica dessa temática, a aplicabilidade da inversão do ônus da prova é comum e não faltam exemplos, precipuamente por intermédio de entendimentos jurisprudenciais construídos a partir de regras da experiência, ficções, generalizações e presunções judiciais (ROSA, 2011, p. 52).

[9] Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:
I - ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida.
II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

A aplicabilidade da inversão do ônus da prova no processo penal, por vezes, à revelia do princípio da presunção de inocência e adotando fundamentos de cunho estritamente civilista, geram precedentes que se repetem cotidianamente sem uma maior reflexão acerca das consequências de sua aplicabilidade, tanto é que nem mesmo a doutrina, com seu papel relevante de interpretação e sistematização de normas vigentes e concepção de novos institutos jurídicos (REALE, 2009, p. 176), reserva algumas linhas para tratar do assunto.

Como já afirmado, a regra de julgamento que vigora no processo penal pátrio é o *in dubio pro reo*, a qual é consequência direta do princípio da presunção de inocência, de modo que incumbindo à acusação todo o ônus da prova, não se pode admitir uma inversão legal do ônus da prova, isto é, não se pode admitir que, diante da natureza indisponível do direito que está em jogo no processo penal deflagrado, que se cogite uma regra legal de inversão do ônus da prova (BADARÓ, 2003, p. 362).

Ora, a presunção de inocência como regra de tratamento e, principalmente, como regra de julgamento consubstanciada no *in dubio pro reo*, tem auto aplicabilidade e força normativa imediata, de forma que, tomando-se como verdadeira a inocência do acusado, enquanto não existirem provas produzidas sob o crivo do contraditório, que derruam tal condição, não é possível inverter-se ônus da prova, sob pena de se estar não só ferindo a própria CF, como também, adotando regra oposta, o *in dubio pro societate*, o qual, com o devido respeito àqueles que pensam em sentido contrário, não existe substrato teórico nem legal apto a sustentá-lo.

A demonstrar a incompatibilidade da presunção de inocência com o chamado *in dubio pro societate*, impende trazer à baila os ensinamentos de Paulo Rangel citado por Aury Lopes jr, o qual assevera que:

> [...] o chamado princípio *in dubio pro societate* não é compatível com o Estado Democrático de Direito, onde a dúvida não pode autorizar uma acusação, colocando uma pessoa no banco dos réus [...] O Ministério Público, como defensor da ordem jurídica e dos direitos individuais e sociais indisponíveis, não pode, com base na dúvida, manchar a dignidade da pessoa humana e ameaçar a liberdade de locomoção com uma acusação penal [...] não há nenhum dispositivo legal que autorize esse chamado princípio *in dubio pro societate*. O ônus da prova, já dissemos, é do Estado e não do investigado [...] (RANGEL,2002, apud LOPES JUNIOR, 2014.).

Assim, é perceptível que diante da presunção de inocência, como regra de julgamento consubstanciada no *in dubio pro reo*, a qual, diante de sua natureza constitucional não pode ser relativizada, sendo a inversão do ônus da prova no processo penal uma verdadeira inversão contra o réu, consubstanciada no *in dubio pro societate*, o qual além de não ter substrato legal, é incompatível com a estrutura de cargas probatórias definida pela presunção de inocência, a qual, como já dita, impõe nas costas do acusador a demonstração de todo o fato criminoso, com todas as suas circunstâncias.

Desta sorte, é de inexorável raciocínio que diante de uma dúvida, ou insuficiência probatória por parte da acusação a regra de julgamento a ser aplicada imediatamente é o *in dubio pro reo* e não simplesmente inverter-se o ônus da prova com intuito de criar um prejuízo processual ao acusado consubstanciado em uma potencialidade de risco de uma sentença condenatória, de forma que como aduz Aury Lopes Jr "o problema da carga probatória é, na realidade uma carga para o juiz, proibindo-o de condenar alguém cuja culpabilidade não tenha sido completamente provada" (2014, p. 563).

Arrematando: diante da regra de julgamento consubstanciada no *in dubio pro reo* não há possibilidade de inversão do ônus da prova no processo penal com intuito de condenar o acusado, haja vista que o provimento jurisdicional condenatório só pode manter-se enquanto não surgir uma prova que crie uma dúvida fundada, de modo que o *in dubio pro reo*, corolário da presunção de inocência, constitui-se como um critério pragmático para a solução de uma incerteza processual, de modo que a inversão do ônus da prova dentro do sistema probatório penal subverte essa regra de julgamento, construindo presunções de caráter inquisitorial e regras eminentemente incompatíveis com os ditames constitucionais (LOPES JUNIOR, 2014. p. 567 e 568).

7 A impossibilidade de flexibilização do princípio da presunção de inocência em face da inversão do ônus da prova

O princípio da presunção de inocência, como dito, é um dos princípios centrais do direito penal e processual penal, sendo um princípio fundamental de civilidade, como explica Luigi Ferrajoli "representa o fruto de uma opção garantista a favor da tutela da

imunidade dos inocentes ainda que ao custo da impunidade de algum culpado" (2010, p. 105). Assim, a culpa e não a inocência é que deve ser demonstrada, haja vista que esta é presumida desde o início, devendo-se em juízo assegurá-la ao cidadão até que haja prova capaz de rasgar esse manto, de forma a aplicar, corretamente, sem atropelo da CRFB, a repressão estatal.

É necessário que a presunção de inocência seja mais que um princípio exarado com tinta preta sobre o papel branco da CRFB, devendo tomar forma de garantia na prática, como explica Luigi Ferrajoli:

> [...] a liberdade política consiste na segurança, ou ao menos na convicção que se tem da própria segurança, e essa segurança nunca é posta em perigo maior do que nas acusações públicas e privadas, de modo que quando a inocência dos cidadão não é garantida, tampouco o é a liberdade. Disso decorre – se é verdade que os direitos dos cidadãos são ameaçados não só pelos delitos mas também pelas penas arbitrárias --, que a presunção de inocência não é apenas uma garantia de *liberdade* e *verdade*, mas também uma garantia de segurança ou, se quisermos, de *defesa social*: da específica "segurança" fornecida pelo Estado de direito e expressa pela confiança dos cidadãos na justiça, e daquela específica "defesa" destes contra o arbítrio punitivo. Por isso, o sinal inconfundível da perda de legitimidade política da jurisdição, como também de sua involução irracional e autoritária, é o temor que a justiça incute nos cidadãos. Toda vez que um imputado inocente tem razão de temer um juiz, quer dizer que isto está fora da lógica do Estado de direito: o medo e mesmo só a desconfiança ou a não segurança do inocente assinalam a falência da função da mesma jurisdição penal e a ruptura dos valores políticos que a legitimam. (FERRAJOLI, 2010, p. 505).

Percebe-se, portanto que a presunção de inocência como regra de julgamento consubstanciada no *in dubio pro reo*, tendo suma importância na defesa social, precipuamente porque erigida à patamar constitucional, demonstra que levar a efeito a inversão do ônus da prova no processo penal, em face da incumbência da acusação dentro de um processo acusatório, seria um ferimento frontal dos direitos constitucionais há muito conquistados à custa de muitas vidas e deliberações, sendo estes heranças irrenunciáveis de vários séculos de afirmação (MONNERAT, 2006, p. 164).

Inverter o ônus da prova é derruir a presunção de inocência, tendo em vista que essa como regra de julgamento no processo penal condenatório, caso sofra alguma alteração concernente a distribuição do ônus da prova, a qual deve ser pautada pelo princípio acusatório e a incumbência da acusação neste, feriria a regra constitucionalmente já instituída, de forma que como aduz Gustavo Henrique Badaró "a presunção de inocência

possui hierarquia constitucional, pelo que não pode ser alterada por nenhuma lei, posto que seria inconstitucional [...] a presunção de inocência é cláusula pétrea" (BADARÓ, 2003, p. 369).

De maneira prática, quando se cogita uma inversão do ônus da prova, pautado no artigo 156 do CPP, sob uma óptica estritamente civilista e à revelia dos princípios fundantes do processo penal, estar-se-á flexibilizando a presunção de inocência, na medida em que libera a carga probatória das costas do acusador e as coloca nas costas do acusado, de modo que caso este não cumpra seu encargo, potencializa a possibilidade de um decreto condenatório, isto é, caso este não comprove sua inocência, a qual deveria ser presumida, é considerado culpado, de maneira que essa faceta inquisitória subverte o princípio da presunção de inocência esculpido ao longo de décadas e positivado na CRFB.

É perceptível que a submissão de uma pessoa à jurisdição penal do Estado o coloca em uma situação no mínimo conflitante, a qual constitui uma polarização entre a pretensão punitiva estatal, exercida por meio de uma acusação inicial e a necessidade de resguarda-se o *jus libertatis* titularizado pelo acusado, de maneira que para repressão estatal seja concretizada é necessário um processo penal e dentro deste as regras do jogo devem ser respeitadas, dentre elas a presunção de inocência, a qual só será retirada do acusado quando a acusação lograr êxito, por meio de sua incumbência probatória, de demonstrar aquilo que afirmou inicialmente, isto é, a ocorrência de um crime com todos as suas elementares e circunstâncias.

Nessa órbita, de forma a explicitar a impossibilidade de flexibilização da presunção de inocência em face da inversão do ônus da prova no processo penal condenatório, impende destacar os ensinamentos de Gustavo Henrique Badaró, o qual obtempera que:

> Por fim, é de se ressaltar que a impossibilidade de inversão do ônus da prova no processo penal condenatório tem como destinatários tanto o legislador quanto os juízes. Diante da garantia constitucional da presunção de inocência, é vedado ao legislador criar leis que estabeleçam, direta ou indiretamente, qualquer forma de inversão do ônus da prova no processo penal condenatório. Por outro lado, com relação aos magistrados, a presunção de inocência significa, entre outras coisas, que o processo de formação do convencimento judicial não pode ter como premissa uma presunção de culpabilidade, que inverteria o ônus da prova. É metodologicamente incorreto pretender construir a prova da culpa do acusado valorando sua capacidade de demonstrar a própria inocência, submetendo à crítica a coerência da sua versão defensiva e a atendibilidade das provas da defesa, antes de ter atingido ua razoável certeza do fundamento da acusação. Um julgamento realizado com base em tal método de avaliação judicial, por exigir que o réu demonstre a sua inocência, é absolutamente nulo, por violação da presunção de inocência. (BADARÓ, 2003, p. 369).

Ora, o ônus da prova, como várias vezes dito no presente estudo, é todo da acusação, de forma que a regra do artigo 156 do CPP, a qual serve de supedâneo para a aludida inversão do ônus da prova, deve ser lida em conjugação ao artigo 41 do CPP e harmonizada com a regra de julgamento consubstanciada no *in dubio pro reo*, de maneira que é imperioso o raciocínio que não parece cientificamente correto resolver um processo criminal, na dependência da (in)capacidade probatória do réu, o qual está sob o manto da presunção de inocência durante todo o processo criminal, de forma que deve-se repugnar a inversão do ônus da prova em um processo penal condenatório, de maneira a preservar um sistema lógico sob a óptica da CRFB e não a implantar, casuisticamente, facetas inquisitoriais, o que levaria, inevitavelmente, a uma insegurança judicial e a um estado de arbitrariedades dentro do processo penal.

Entretanto, apesar do esforço do presente estudo, a inversão do ônus da prova vem ganhando força cotidianamente nos tribunais Brasil afora, de modo que a presunção de inocência é cada vez mais relativizada, chegando-se ao ponto da situação de Alípio, cuja história é contada por Santo Agostinho, o qual é citado por Alexandre Morais da Rosa:

> [...] Alípio, pois, passeava diante do tribunal, sozinho, com as tábuas e o estilete, quando um jovem estudante, o verdadeiro ladrão, levando escondido um machado, sem que Alípio o percebesse, entrou pelas grades que rodeiam as ruas do banqueiro, e se pôs a cortar seu chumbo. Ao ruído dos golpes, os banqueiros que estavam em baixo alvoraçaram-se, e chamaram gente para prender o ladrão, fosse quem fosse. Mas este, ouvindo o vozeiro, fugiu depressa, abandonando o machado para não ser preso com ele. Ora, Alípio, que não o vira entrar, o viu sair e fugir precipitadamente, Curioso, porém, saber a causa, entrou no lugar. Encontrou o machado e se pôs, admirado a examiná-lo. Bem nessa hora chegam os guardas dos banqueiros, e ao o surpreenderem sozinho, empunhando o machado, a cujo golpes, alarmados haviam acudido. Prendem-no, levam-no, e gloriam-se diante dos inquilinos do fato de ter apanhado o ladrão em flagrante, e já o iam entregar aos rigores da justiça [...] (SANTO AGOTINHO, 2002, p. 130-131, apud ROSA, 2014. p. 98).

No caso ilustrativo acima, é um típico caso em que a jurisprudência aplica a inversão do ônus da prova no processo penal, com a fórmula quase que trivial de que a

circunstância de o agente ser encontrado na posse da coisa delituosa logo após ou momentos depois do cometimento do crime, presume-se seja ele o autor da subtração, de maneira que aplica-se o artigo 156 do CPP à luz de uma presunção de culpabilidade e não de uma presunção de inocência, de modo que, nesses casos, por vezes, jogado nas costas do acusado o encargo de provar que não é o autor da subtração, logo, provar sua inocência, caso não tenha ele a capacidade probatória suficiente para derruir aquilo que a própria acusação afirmou, é condenado, com base em uma inversão descabida do ônus da prova, pois, por vezes, a sua inocência é conhecida apenas por ele, tendo como prova apenas as suas palavras.

Como se percebe, a inversão do ônus da prova no processo penal, acaba tendo o condão de liberar das costas do acusador a comprovação de um fato típico, ilícito e culpável, com todas as suas circunstâncias relevantes, de maneira que derrui o fato de que ao réu caberia apenas opor-se à pretensão acusatória, precipuamente porque é parte hipossuficiente dentro do processo penal, haja vista que enfrenta o rolo compressor Estatal, denotando uma subversão do princípio da presunção de inocência, violando frontalmente a CRFB, sendo a inversão do ônus da prova no processo penal condenatório uma verdadeira flexibilização do princípio da presunção de inocência, o que, ao ver desse estudo, não pode vingar dada a natureza e substrato desse princípio.

É necessário que haja maturidade jurídica para implantarmos necessariamente um processo penal fundado no princípio acusatório, onde a presunção de inocência seja garantida ao acusado, afastando-se facetas inquisitoriais como a inversão do ônus da prova em um processo penal condenatório, de modo a respeitar os ditames estabelecidos pela própria CRFB, a qual, como dito, consagrou como sistema processual penal, o acusatório, o qual está fundado no princípio acusatório e revestido de outros princípios inerentes ao processo penal pátrio, dentre eles, o princípio da presunção de inocência.

Portanto, o processo penal como garantia, precisa ser levado a sério, sob pena de como elucida Alexandre Morais da Rosa "se continuar a tratar a Inocência como figura decorativo-retórica de uma democracia em constante construção e que aplica, ainda, um processo penal do medievo, cujo efeitos nefastos se mostram todos os dias" (ROSA, 2014. p. 98). Assim é perceptível que diante das premissas levantas e, precipuamente, sob a óptica constitucional do processo penal, é evidente que a inversão do ônus da prova contraria o

princípio da presunção de inocência, de modo que quando aplica-se tal procedimento, na verdade está se dizendo: "A acusação não logrou êxito até o momento na comprovação de um fato típico, ilícito e culpável, com todas as suas circunstâncias relevantes, de modo que caso o acusado não derrua esta mera alegação, será condenado, instaurando-se, portanto, uma presunção de culpabilidade".

Desta feita, essa última seção se dispôs a apresentar o substrato teórico que sustenta a posição de que não é possível haver uma flexibilização do princípio da presunção de inocência em face da inversão do ônus da prova, de modo que trabalhou-se com as premissas já levantas ao decorrer do estudo, principalmente com a regra e julgamento consubstanciada no *in dubio pro reo* e o papel da presunção de inocência dentro de um processo penal dito acusatório, de forma que um processo penal deflagrado deve ser percorrido não como um mero jogo de cena, não como um mero caminho para se chegar a uma pena, e sim um processo penal como garantia, no qual devem ser respeitados os princípios fundantes deste e, principalmente, o vilipendiado princípio da presunção de inocência que está cravado na Constituição da República Federativa do Brasil.

8 Conclusão

Dentro da realidade jurídica brasileira, tem-se que, no fundo, o sistema processual pátrio é um sistema acusatório não puro, ortodoxo, mas um sistema acusatório com vestígios de inquisitivo, pois ainda há certas práticas inquisitoriais, como por exemplo, a produção *ex officio* de provas pelo juiz. Entretanto, apesar dessas facetas inquisitivas, é fato insofismável que a CRFB consagrou o princípio acusatório, cujo resultado é um processo efetivamente justo, de partes, caracterizado pela rígida separação de funções de investigar, acusar, defender e julgar, configurando, destarte, verdadeira oposição ao desvalor do processo inquisitivo e, via de consequência, a instituição de um sistema acusatório.

Assim, consagrado o princípio acusatório, não há uma verdadeira distribuição de provas dentro do processo penal pátrio, isto é, não há cargas probatórias impostas ao acusado, precipuamente quando se está diante do princípio da presunção de inocência, devendo-se fazer uma interpretação constitucional do artigo 156 do CPP, preconizando que

está totalmente na mão do acusador provar o fato típico, ilícito e culpável com todas as suas circunstâncias, de forma que ao réu cabe apenas opor-se à pretensão acusatória, precipuamente porque é parte hipossuficiente dentro do processo penal, haja vista que enfrenta o rolo compressor Estatal, que o quer ver sujeito ao seu aparato de persecução penal, de modo que o artigo 156 do Código de Processo Penal encontra-se, em muito, equivocado, haja vista sua raiz estritamente civilista, à revelia dos postulados constitucionais que pautam o processo penal pátrio.

Instituído o sistema acusatório, a incumbência da acusação dentro de um processo penal acusatório, é de todo oportuno que a regra de julgamento, consequência direta da presunção de inocência, consubstanciada no *in dubio pro reo*, é consistente no critério a ser adotado sempre que houver dúvida sobre fato relevante para a decisão do processo, de modo que, como garantia fundamental que é, para a imposição de sentença condenatória, é necessário provar, eliminando qualquer dúvida razoável, impondo a necessidade de certeza para alguém ser responsabilizado criminalmente.

Todavia, apesar das regras tecnicamente traçadas, no cotidiano forense é levado a efeito uma aplicação do artigo 156 do CPP de forma inquisitorial, em que justifica-se uma inversão do ônus da prova de maneira descabida, liberando das costas do acusador uma carga probatória que por força constitucional lhe pertence e a coloca nas costas do acusado, de modo a instaura-se, na verdade uma presunção de culpabilidade, onde o acusado deve comprovar sua inocência em juízo, ferindo, frontalmente a Constituição Federal.

Dessa forma, dentro da realidade jurídica brasileira, inegável, ao menos tecnicamente que, quando se fala em inversão do ônus da prova, estar-se-á remontando as raízes de cunho estritamente civilista, com regras incompatíveis com a presunção de inocência e a regra de julgamento consubstanciada no *in dubio pro reo*, na medida em que com a aplicação desta faceta inquisitória dentro do processo penal acusatório, declara-se implicitamente, por vezes, a insuficiência probatória da acusação em demonstrar a ocorrência de um de um fato típico, ilícito e culpável, com todas as suas circunstâncias relevantes, de modo que ao inverter-se o ônus da prova, subverte-se a regra de julgamento e declara-se, na verdade, uma presunção de culpabilidade, ao contrário da presunção que reza a CRFB, qual seja, a presunção de inocência.

Todavia, apesar da aplicabilidade cotidiana da inversão do ônus da prova, é necessário que, apesar da tarefa hercúlea de presumir a inocência, haja maturidade jurídica para se implantar necessariamente um processo penal fundado no princípio acusatório, afastando a manutenção de uma mentalidade inquisitória, onde a presunção de inocência seja garantida ao acusado em um processo penal condenatório, de modo a respeitar os ditames estabelecidos pela própria Constituição da República Federativa do Brasil.

9 Referências bibliográficas

AVENA, Noberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal**: esquematizado. 4. ed. São Paulo: Método, 2012.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FERREIRA, Adegmar José; FRANCO, Rangel Donizete. **A inversão do ônus da prova**: The Prima Facie Cases. 2008. Disponível em: <https://revistas.ufg.br/index.php/revfd/article/viewFile/12146/8057>. Acesso em: 15 de setembro de 2014.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991.

JARDIM, Afrânio Silva**. Direito Processual Penal**. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MACHADO, Antônio Alberto. **Teoria Geral do Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2009.

MITTERMAIER, C.J.A. **Tratado da Prova em Matéria Criminal**. 3.ed., 2.tir. Tradução de Herbert Wüntzel Heinrich, São Paulo: Bookseller, 1997.

MONNERAT, Carlos Fonseca. **Inversão do ônus da prova no processo penal brasileiro.** São Paulo: Comunnicar, 2006.

RANGEL, Paulo**. Direito Processual Penal**. 6. ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2002.

REALE, Miguel**. Lições Preliminares de Direito**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 2. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

ROSA, Alexandre Morais da. **Jurisdição do real X controle penal**: direito e psicanálise via literatura. Petrópolis: Delibera, 2011.

SANTO AGOTINHO. **Confissões.** Trad. J. Oliveira Santos. São Paulo: Martin Claret, 2002 apud ROSA, Alexandre Morais da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 2. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

TALAMINI, Eduardo. Wambier, Luiz Rodrigues. **Curso Avançado de Processo Civil**, volume 1. 12 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

TORNAGUI, Hélio. **Curso de processo penal**. 10. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1997.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. v.3.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1.

ZAFFARONI, Eugénio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. Parte Geral. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

A LEGITIMIDADE DO EXERCÍCIO DO DIREITO DE RESISTÊNCIA PELO MOVIMENTO DOS TRABALHADORES RURAIS SEM-TERRA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

Fábio Corrêa Eleutério[*]

Palavras-chave: MST, direito de resistência, cidadania, democracia.

Resumo: O presente trabalho teve por objetivo analisar a atuação do Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem-Terra (MST) e sua relação com o direito de resistência à luz da Constituição da República de 1988. Verificou-se o mecanismo de pressão exercido por uma classe historicamente explorada e alijada do processo político – o trabalhador rural sem-terra – principalmente no tocante aos atos de ocupação de terras, os quais refletem características de resistência política. A pesquisa se depara com a problemática do reconhecimento da resistência enquanto direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro, posto que não expresso no texto constitucional. Dessa forma, o artigo tem por objetivo verificar a compatibilidade do direito de resistência com o Estado democrático de direito, com o ordenamento jurídico pátrio bem como a legitimidade de seu exercício pelo MST. É utilizado o método racional, partindo do estudo crítico de material bibliográfico, tendo como suporte estudos doutrinários, dissertações e artigos científicos sobre o tema. Assim, relacionou-se a mobilização dos trabalhadores sem-terra com sua emancipação política na busca da garantia de efetivação de direitos fundamentais por meios não convencionais, num exercício de cidadania compatível com o processo democrático.

Keywords: MST, right of resistence, citizenship, democracy.

Abstract: This study aimed to analyze the role of the Movement of Landless Rural Workers (MST) and its relation to the right of resistance in the light of the Constitution of 1988. It was the pressure exerted by a mechanism historically exploited class, deprived of the political process - the rural landless workers - especially with regard to land occupation acts, which reflect political resistance characteristics. The research is faced with the problem of recognition of the resistance as a fundamental right in the Brazilian legal system, though not expressed in the Constitution. Thus, the article aims to verify the compatibility of the right of revolution with the democratic rule of law, with the national legal order and the legitimacy of its exercise by the MST. It used the rational method, based on the critical study of publications, supported doctrinal studies, dissertations and scientific articles on the subject. Thus related to the mobilization of the landless workers with their political emancipation in the pursuit of fundamental rights effective guarantee by conventional means no's, in an exercise of citizenship compatible with the democratic process.

[*] Bacharel em Direito pela Faculdade Cenecista de Joinville. Link do lattes: http://lattes.cnpq.br/0645995614380044.

1 Introdução

A ideia da resistência ao poder dominante há muito acompanha a trajetória da sociedade humana. Assim como a própria vida social, transmutou-se enquanto pensamento político no decorrer do processo histórico da humanidade e no atual momento, sob a égide das sociedades democráticas fundadas em estados constitucionais, ainda é questão a ser enfrentada por, ao menos, dois motivos: a) verifica-se no seio da sociedade fatos que evidenciam o exercício da resistência; b) a forte repressão a movimentos de resistência – chegando até sua criminalização – revela a necessidade de maior compreensão de seus aspectos, tanto políticos como jurídicos, à luz dos princípios em que se pautam as sociedades democráticas.

Com efeito, a discussão em torno da natureza do direito de resistência rendeu diversos entendimentos doutrinários. É que alguns doutrinadores entendem a resistência como fenômeno exclusivamente político que não recebe guarida no sistema jurídico, enquanto para outros a resistência é fenômeno político-jurídico, integrante da ordem jurídica, mormente pelos princípios que a informam (GARCIA, 1994)[1].

[1] Maria Garcia, analisando o pensamento de Meirelles Teixeira sobre o direito de resistência (ou à revolução), aponta as divergências entre a natureza deste fenômeno, destacando entre os doutrinadores que o entendem como fenômeno exclusivamente político Herrfahardt, Ramirez e Kelsen. Entre aqueles que o compreendem como fenômeno jurídico, destaca Recaséns Siches, Sampaio Dória e o próprio Meirelles Teixeira, o qual afirma que "é direito de caráter e conteúdo não somente jurídico mas também ético, moral [...]" e seu exercício se dá

O presente estudo propõe-se a analisar o direito de resistência e a legitimidade de seu exercício no Estado Democrático brasileiro, tendo como foco investigar a atuação do Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem-Terra (MST).

O interesse pelo tema decorre da observação dos movimentos sociais que, integrantes do Estado de Direito, valem-se da resistência a governos ou leis como instrumento de ação política para a concretude de direitos fundamentais negligenciados pelo Estado. A escolha pelo MST deve-se pela sua importância enquanto movimento social organizado oriundo de uma classe historicamente oprimida, qual seja, o trabalhador do campo, bem como por sua trajetória e, ainda, pela polêmica que gira em torno de sua política de atuação, consistente na ocupação de terras como mecanismo de pressão para forçar o Estado a implementar a reforma agrária.

O tema é relevante em razão do protagonismo que os movimentos sociais assumem na luta por direitos, compreensão que se faz necessária especialmente após a promulgação da Constituição Federal de 1988, denominada Constituição Cidadã. A organização popular é elemento central do regime democrático, mormente ante a inércia estatal em adotar medidas que efetivem direitos fundamentais. Portanto, é fundamental a pesquisa com vistas à verificação da legitimidade do direito de resistência na ordem democrática brasileira.

2 A institucionalização do direito de resistência e a CRFB/88

Resistência, segundo Guimarães (2011, p. 494) é compreendida como:

> Direito de todo cidadão de se opor, em defesa própria, ou de outrem, a ordens ilegais ou injustas, ou a constrangimentos de que seja vítima por parte de agentes da autoridade. Pode ser *ativa*, se exercida com violência contra ato tido como ilegal ou injusto; e *passiva*, se consiste na inexecução do ato pretendido ou na recusa a obedecê-lo.

Canotilho afirma que "o direito de resistência é a *ultima ratio* do cidadão ofendido nos seus direitos, liberdades e garantias, por actos do poder público ou por acções de entidades privadas" (CANOTILHO, 2003, p. 512).

na "[...] defesa dos direitos fundamentais do homem, dos seus direitos políticos e da dignidade essencial da pessoa humana" (TEIXEIRA *apud* GARCIA, 1994, p. 135).

A resistência está relacionada ao enfrentamento à opressão e acompanha o percurso da humanidade desde tempos antigos, constituindo-se ainda um grande desafio nos dias atuais. Suas raízes históricas remontam à Grécia antiga, período no qual não havia clara noção de direito individual ou liberdade senão uma ilimitada submissão dos sujeitos à polis. Conforme Buzanello (2002, p. 3):

> O indivíduo, na Grécia antiga, como em Roma, pertencia inteiramente ao seu grupo, sua família, seu Estado, que podia dispor livremente dos bens, da liberdade, da vida dos seus membros, regulando-lhes até a sua crença. Na antiguidade, observa Fustel de Coulanges, homem nem mesmo tinha idéia da liberdade, era desconhecida como também o direito individual nada significava perante a vontade do Estado. O homem estava convencido de que contra a cidade e os deuses não podia ter direitos.

Neste quadro de total submissão ao poder soberano é que surge a primeira impressão do que viria a ser o direito de resistência, posto que a ideia da resistência à opressão estava presente na sociedade. Ademais, na Antiguidade era reconhecido o tiranicídio, que consistia no assassinato do soberano opressor quando já intolerável o grau de tirania.

Na Idade Média, São Tomás de Aquino, desenvolve com mais propriedade o pensamento sobre o tiranicídio e sua relação com o direito de resistência, revestindo-o da sistemática teológica "que tende a limitar a autoridade do príncipe a favor ora da religião ou Papa, ora do povo oprimido pela justiça" (BUZANELLO, 2002, p. 4). Ainda que reconhecesse o dever de obediência ao soberano, admitia a resistência quando este revestia-se de tirania.

Reconhece o povo como o titular da soberania, o qual transmite o poder ao príncipe para que o use em bem de todos. Porém, "se o poder serve ao contrário para prejudicar ao povo é desfeito o acordo e o príncipe pode ser privado do poder porque se transformou em tirano; estamos diante do direito de resistência ativa contra a opressão" (BUZANELLO, 2002, p. 6).

A difusão do iluminismo e o advento do jusnaturalismo moderno[2], que fornece as bases para as ideias contratualistas, dá novo sentido ao direito de resistência enquanto direito natural do homem, tendo em John Locke seu grande expoente.

[2] Ao contrário do jusnaturalismo medieval, o qual informa que os direitos naturais provêm de Deus, o jusnaturalismo moderno afirma que os direitos naturais decorrem da razão humana, tendo como marco a obra *De iure belli ac pacis* (1625) de Hugo Grócio. "Nesta obra, ao pôr o direito natural como fundamento de

Porém, é com o rompimento do Estado Absolutista e a consagração do constitucionalismo no Estado Moderno que o direito de resistência revela ser um problema ainda atual. É que "os liberais desenvolveram a obra de que os mecanismos institucionais jurídicos do Estado eram suficientes para fazer frente a qualquer situação de anomalia política" (BUZANELLO, 2002, p. 14). Contudo, a própria história demonstra que o sistema jurídico não absorveu a característica idealizada, uma vez que não revela-se autossuficiente numa perspectiva factual.

O direito de resistência não ficou adstrito ao pensamento político e doutrinário, pois que justificou eventos históricos transformadores da ordem social, razão pela qual foi inserido em importantes documentos da história da humanidade.

Assim, a institucionalização do direito de resistência acompanha a própria história do constitucionalismo. "A história do constitucionalismo inglês não é senão a ilustração da resistência do povo à prepotência do soberano, da *Magna Charta Libertatum* (1215) ao *Act of Settlement* (1701) [...]" (BUZANELLO, 2002, p. 11).

Os documentos decorrentes de dois grandes eventos históricos, a independência dos Estados Unidos da América e a Revolução Francesa, reafirmam o direito de resistência, contribuindo para torná-lo mais estável quanto à sua conceituação na medida em que, tanto um como o outro, o declara solenemente (BUZANELLO, 2002).

A Declaração de Independência dos Estados Unidos da América de 1776 faz expressa menção ao direito de resistência, afirmando a autodeterminação do povo a toda forma de governo e consagrando a soberania popular:

> Consideramos as seguintes verdades como autoevidentes, a saber, que todos os homens são criaturas iguais, dotadas pelo seu Criador de certos direitos inalienáveis, entre os quais a vida, a liberdade e a busca da felicidade. É para assegurar esses direitos que os governos são instituídos entre os homens, sendo seus justos poderes derivados do consentimento dos governados. Toda vez que alguma forma de governo torna-se nociva à consecução dessas finalidades, é direito do povo alterá-la ou aboli-la, e instituir uma nova forma de governo baseada nesses princípios, e cuja organização de poderes lhe pareça, segundo a maior probabilidade, capaz de proporcionar-lhe a segurança e a felicidade. [...] Mas quando uma série de abusos e usurpações, visando invariavelmente ao mesmo objetivo, revela o desígnio de submetê-los a um despotismo absoluto, é seu direito e dever

um direito que pudesse ser reconhecido como válido por todos os povos [...], Grócio afirmou que tal direito é ditado pela razão, sendo independente não só da vontade de Deus como também da sua própria existência." (BOBBIO et al., 1998, p. 657).

> livrar-se desse governo e prover novos guardiões para sua segurança futura. (COMPARATO, 2010, p.121)

A Declaração de Independência norte-americana foi o primeiro documento a afirmar os princípios democráticos na história política moderna, o que denota sua relevância histórica (COMPARATO, 2010). Destaca-se a relevância da resistência, haja vista considerá-la não só um direito, mas também um dever dos cidadãos frente a um governo que não corresponda aos fins para os quais fora instituído.

Se a independência dos Estados Unidos da América representou a fundação de uma nova nação, é a Revolução Francesa de 1789 que marca o rompimento e a instauração de uma nova ordem social, tendo no direito de resistência um importante fundamento justificador.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 surge neste conturbado contexto. Consagra um rol de direitos naturais e imprescritíveis do homem e representa "[...] o documento marcante do Estado Liberal, e que serviu de modelo às declarações constitucionais de direitos dos séculos XIX e XX [...]" (SILVA, 2006, P. 158).

No que concerne ao direito de resistência, proclama em seu artigo 2º: "A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Tais direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão" (COMPARATO, 2010, p.170).

Destaca-se a universalidade da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, pois, diferentemente da Declaração de Independência norteamericana que se ocupava com a situação dos habitantes de seu território, a Declaração Francesa apresenta, entre outros caracteres fundamentais, o "[...] *mundialismo*, no sentido de que os princípios enunciados no texto da Declaração pretendem um valor geral que ultrapassa os indivíduos do país, para alcançar um *valor universal*" (ROBERT *apud* SILVA, 2006, p. 158)[3], portanto, proclamava os direitos naturais como inerentes a todo o homem, em qualquer lugar do globo em que se encontra.

[3] Além do *mundialismo*, Jacques Robert cita outros dois caracteres fundamentais da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão: *intelectualismo,* haja vista que a afirmação dos direitos imprescritíveis do homem e a instauração de um poder legítimo baseado no consentimento popular foi uma operação notadamente intelectual, produto da razão humana; *individualismo,* pois consagra somente as liberdades dos indivíduos na preocupação de sua defesa contra o Estado, não fazendo menção a liberdade de associação tampouco a liberdade de reunião. (ROBERT *apud* SILVA, 2006).

No âmbito interno dos Estados nacionais, tem-se que constitucionalismo é marcado pela "organização do Estado e limitação do poder estatal, por meio da previsão de direitos e garantias fundamentais" (MORAES, 2006, p. 1). Os direitos fundamentais refletem os direitos consagrados nas Declarações de Direitos, incorporados no âmbito interno estatal através do rol de direitos – individuais ou coletivos – que integram a Constituição. O reconhecimento no direito interno visa a assegurar sua efetividade "uma vez que as declarações de direitos careciam de força e de mecanismos jurídicos que lhe imprimissem eficácia bastante" (SILVA, 2006, p. 167).

A positivação do direito de resistência no rol de direitos fundamentais é problema a ser superado pela própria estrutura do Estado. Burdeau (*apud* GARCIA, 1994, p. 146) aponta a dificuldade em se admitir a possibilidade de opressão num regime democrático, pois num governo do povo pelo povo "a opressão não encontra lugar nem oportunidade". Tal entendimento compreende a visão de autossuficiência do ordenamento jurídico no Estado de Direito, própria do positivismo clássico.

Não obstante, alguns países reconhecem o direito de resistência como integrante da ordem jurídica-constitucional, mormente após o surgimento de regimes totalitaristas e as atrocidades cometidas na Segunda Guerra Mundial, ocasião em que a resistência retorna ao debate político-jurídico, sobretudo à luz da dignidade humana e autodeterminação dos povos.

Sendo assim, tem-se que:

> A resistência contemporânea tem amparo jurídico. A definição via constitucional da resistência não encerra um entendimento 'legalista', já que ela faz mais essencialmente uma atividade jurídica de permissão do que de controle. Se não assume a condição de norma constitucional, o faz em forma de princípio na categoria dos direitos fundamentais, seja explícito ou implícito. Também, se não for especificada com o *nomen iuris* constitucional de direito de resistência, então, em regra, fica especificada nos formatos de espécies (greve, objeção de consciência e desobediência civil). [...] A resistência, dentro da ordem constitucional, funciona como um *establishment*, pois evita o rompimento da ordem jurídica, que provoca danos irreparáveis ao sistema político. A resistência ficou consagrada como uma estrutura típica do comportamento sócio-político constitucional. Os países que incrementaram o direito de resistência alcançaram um alto nível desenvolvimento político em face dos planejamentos instrumentais, próprio das democracias constitucionais (BUZANELLO, 2002, p. 94-95).

A observação é relevante na medida em que, ao contrário do direito de resistência invocado no século XVIII, o qual justificou a queda do regime absolutista, no âmbito das democracias constitucionais não visa ao rompimento da ordem constitucional, senão assegurar sua real efetividade, encontrando na própria Constituição seus limites de atuação.

Com efeito, algumas constituições admitem expressamente o direito de resistência:

a) Lei Fundamental da República Federal da Alemanha de 1949: previsto no art. 20, o qual proclama a forma de governo e de estado e a soberania popular, declara em seu inciso IV que "Contra qualquer um, que tente subverter esta ordem, todos os alemães têm o direito de resistência, quando não houver outra alternativa." (BUZANELLO, 2002, p. 95).

b) Constituição Política de El Salvador: previsto no art. 5º, o qual dispõe que "A alternância no exercício da Presidência é indispensável para a manutenção da forma de governo estabelecida. A violação desta norma obriga à insurreição." (BUZANELLO, 2002, p. 95).

c) Constituição da República da Guatemala de 1965: previsto no art. 78, o qual dispõe que "É legítima a resistência adequada para a proteção dos direitos e garantias consignados na Constituição." (BUZANELLO, 2002, p. 95).

d) Constituição da Nação Argentina de 1994: previsto no art. 36, o qual dispõe que "Esta constituição manterá seu império até quando se interromper sua observância por atos de força contra a ordem institucional e o sistema democrático. [...] Todos os cidadãos têm o direito de resistência contra quem executar os atos de força enunciados neste artigo. [...]." (BUZANELLO, 2002, p. 95).

e) Constituição da República Portuguesa de 1976: previsto no art. 21, o qual dispõe que "Todos têm o direito de resistir a qualquer ordem que ofenda os seus direitos, liberdades e garantias e de repelir pela força qualquer agressão, quando não seja possível recorrer à autoridade pública." (BUZANELLO, 2002, p. 95).

f) A França reconhece o direito de resistência implicitamente, tendo em vista a reafirmação, no preâmbulo da Constituição de 1946, os direitos consagrados na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: "O povo francês proclama solenemente o seu apego aos Direitos do Homem e aos princípios da soberania nacional, tal como definidos pela Declaração de 1789, confirmada e completada pelo preâmbulo da Constituição de 1946." (BUZANELLO, 2002, p. 95).

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 não prevê expressamente o direito de resistência embora reconheça algumas de suas modalidades, como o direito de greve e a objeção de consciência (BUZANELLO, 2002). Não obstante, merece análise mais detalhada a fim de verificar a possibilidade de seu reconhecimento implícito.

A Constituição Federal de 1988 possui um rol exemplificativo no que toca aos direitos e garantias fundamentais. É o que se depreende da redação de seu art. 5º, § 2º:

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
> [...]
> §2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. (CRFB/88, 2014)

Nota-se que a própria Constituição Federal de 1988 admite outros direitos e garantias não expressos em seu texto, desde que em consonância com o regime e princípios por ela adotados, ou ainda dos tratados internacionais das quais o Brasil seja parte.

Partindo dessa premissa, José Afonso da Silva faz a seguinte distinção ao classificar os direitos fundamentais da Constituição Federal de 1988:

> (1) *direitos individuais expressos*, aqueles explicitamente enunciados nos incisos do art. 5º; (2) *direitos individuais implícitos*, aqueles que estão subentendidos nas regras de garantias, como o direito à identidade pessoal, certos desdobramentos do direito à vida, o direito à atuação geral (art. 5º, II); (3) *direitos individuais decorrentes do regime e de tratados internacionais* subscritos pelo Brasil, aqueles que não são nem explícita nem implicitamente enumerados, mas provêm ou podem vir a provir do regime adotado, como o *direito de resistência*, entre outros de difícil caracterização *a priori* (SILVA,2006, p. 194).

Buzanello (2002) afirma que algumas espécies de resistência encontram-se expressas na Constituição Federal de 1988, tais como a objeção de consciência (art. 5º, VIII, c/c art. 143, § 1º) e a greve política (art. 9º) e o princípio da autodeterminação dos povos (art. 4º, III, CF).

Garcia (1994) afirma, em razão do mesmo dispositivo constitucional, que a Constituição admite outras modalidades do direito de resistência, inclusive a desobediência civil.

O direito de resistência relaciona-se diretamente com o exercício da cidadania. Para verificar sua admissibilidade no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, à luz do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal de 1988, cumpre analisar se é amparado pelo regime e princípios constitucionais adotados pela República brasileira.

3 Fundamentos principiológicos: o direito de resistência sob a perspectiva de John Locke e do Republicanismo

A Constituição Federal de 1988 não prevê expressamente o direito de resistência, entretanto, pode-se afirmar que pode admitir o direito de resistência de forma implícita, desde que tal direito seja decorrente do regime e princípios por ela adotado, consoante o § 2º, do art. 5º, da Constituição Federal de 1988.

Sendo assim, será na base da formação do Estado Moderno que se buscarão elementos que legitimem o direito de resistência, bem como na análise do republicanismo, regime adotado pelo Estado brasileiro.

O desenvolvimento do pensamento liberal expressou a oposição ao poder absoluto do soberano tendo na liberdade dos homens sua força motriz, justificando tão-somente a organização dos homens em uma sociedade política e, consequentemente, de um governo, para a preservação de determinados direitos anteriores à formação política social, os direitos naturais.

A partir dos estudos realizados, constata-se que John Locke é um dos grandes expoentes da doutrina liberal e suas ideias exerceram forte influência nas revoluções burguesas do século XVIII, das quais se originou o Estado Moderno. Sua teoria contratualista pontua a limitação do poder soberano, o qual deve respeitar e proteger determinados direitos individuais de ordem natural e comum a todos os homens, garantindo assim a segurança individual e coletiva.

Desfaz-se de sentido o exercício do poder que violar os direitos naturais do homem, razão pela qual Locke eleva a resistência ao poder um direito fundamental, sobretudo para a garantia das condições que justificam o poder estatal, base do contrato social. Confere, assim, o sentido de legitimidade ao poder sendo que, uma vez ausente ou transgredida a

legitimidade depositada no poder soberano, torna-se legítimo aos indivíduos opor resistência para restaurar a ordem anterior à violação (LOCKE, 2011).

Locke investiga a organização política da sociedade partindo do estado de natureza, condição em que o homem se encontrava antes da formação da sociedade política[4]. No estado de natureza, os homens se encontram em estado de total liberdade, o que coloca cada um em condição de igualdade para com todos os outros. A única lei que regula o estado de natureza é a própria razão humana, considerada por Locke a lei natural a qual "ensina a todos os homens que a consultem, por serem iguais e independentes, que nenhum deles deve prejudicar a outrem na vida, na saúde, na liberdade ou nas posses" (LOCKE, 2011, p. 16).

Contudo, Locke (2011) não nega que conflitos entre os homens possam surgir no estado de natureza, ficando sujeitos ao arbítrio da força e insegurança, restando na solução destes conflitos uma das problemáticas do estado natural e a consequente passagem para o estado político, nomeado por Locke como sociedade política ou civil. É que, tendo em vista a condição de liberdade total e perfeita igualdade entre os homens, todos têm poder para executar as leis da natureza e assegurar sua preservação, podendo lançar de todos os meios para repelir qualquer ameaça ou prejuízo aos direitos naturais, sobretudo a vida, a liberdade e suas posses.

Portanto, só assim:

> [...] um homem consegue poder sobre outro; todavia, não é um poder absoluto e arbitrário para lidar com um criminoso quando o tenham apanhado, segundo a cólera de suas paixões ou a extravagância da própria vontade; mas apenas para revidar, de acordo com os ditames da razão ponderada e da consciência, o que seja proporcional à transgressão, isto é, tanto quanto possa servir de reparação e restrição. (LOCKE, 2011, p. 17)

Com efeito, Locke pondera que todo o homem é naturalmente livre. O motivo pelo qual abriria mão de sua liberdade é a preservação de determinados direitos cuja fruição no estado de natureza é incerta e insegura. Assim, a sociedade civil tem início quando um conjunto de homens, por consentimento mútuo, dispõe de sua liberdade absoluta do estado de natureza e passa a viver em comunidade para preservação comum da vida, da liberdade e dos bens, a que denomina propriedade (LOCKE, 2011).

[4] O estado de natureza não é um dado histórico, real, mas sim um estado ficcional utilizado como um mecanismo de compreensão e racionalização para justificar o Estado Moderno.

A adesão a essa comunidade ocorre através do pacto social, que permite a constituição de um governo cujo objetivo é garantir a segurança e a paz na fruição da propriedade, ou seja, da vida, da liberdade e dos bens (LOCKE, 2011).

Para Locke, uma vez constituído o governo, é o poder legislativo o depositário dos membros de uma comunidade cuja atribuição é elaborar as leis, as quais deverão ser obedecidas por todos os membros, inclusive o próprio governo. Tem no poder legislativo o grande representante que emana a vontade da comunidade e na lei positiva o grande instrumento legitimador dessa vontade, assentando que "onde quer que a lei termine, a tirania começa, se a lei for transgredida para dano de outrem" (LOCKE, 2011, p. 131).

Entretanto, o poder legislativo não possui prerrogativa ilimitada na elaboração das leis, tendo como limitação a própria lei da natureza. Locke aponta que o fim da sociedade política é preservar tanto quanto possível a condição do estado de natureza, conservando ao máximo a liberdade e a igualdade dos membros da comunidade, carecendo de sentido a associação que acarreta em desvantagem para o homem[5]. Tal pensamento confere legitimidade ao poder na medida em que este observa ao máximo a preservação do estado de natureza, na elaboração das leis.

> A formação da sociedade não ab-roga a lei da natureza, mas somente em muitos casos as torna mais rigorosas e, pelo acréscimo de leis humanas, lhe anexa penalidades conhecidas, com o fim de garantir sua observância. Assim, **a lei da natureza permanece como lei eterna para todos os homens**, quer para os legisladores como para todos os demais. As leis que elaboram para reger as ações humanas devem, não só quanto as suas próprias ações como para as dos demais, **estar consoante com a lei da natureza** – isto é, declaradamente com a vontade de Deus –, e como a lei fundamental da natureza é a preservação dos homens, não há lei humana em contrário que seja válida ou aceitável. (LOCKE, 2011, p. 92) (grifo nosso)

Assim, a sociedade política se conforma quando preserva as leis da natureza, traduzindo em leis positivas que assegurem o bem geral da sociedade, uma vez que não há poder supremo senão a própria comunidade, que o delega ao governo para a execução dos fins estabelecidos no contrato social. Nesse sentido afirma que "todo o poder concedido

[5] A proibição da liberdade é restrita às ações prejudiciais à sociedade, sendo a lei o único instrumento legítimo para tanto. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão materializa a ideia do mandamento proibitivo da lei em seu art. 5º, o qual dispõe que "a lei não pode proibir senão as ações prejudiciais à sociedade. Tudo o que não é defeso em lei não pode ser impedido, e ninguém pode ser constrangido a fazer o que ela não ordena" (COMPARATO, 2010, p. 170).

como encargo para se obter certo objetivo é limitado por esse mesmo objetivo, e sempre que este for desprezado ou claramente contrariado, perde-se necessariamente o direito a este poder [...]" (LOCKE, 2011, p. 101).

Nesse aspecto, Locke delineia o direito de resistência ao lançar a seguinte indagação:

> Será possível pois opor-se às ordens de um príncipe? Poderá alguém resistir-lhe sempre que julgar ter sofrido um agravo, só porque acha que não lhe foi feita justiça? Agindo assim se desarranja e subverte qualquer governo e, em vez de governo e ordem, só reinará anarquia e confusão. Minha resposta é que só se deve opor força à injustiça e ao abuso; se alguém criar oposição em qualquer outro caso, torna-se merecedor de justa condenação, tanto de Deus como do homem; e assim não haverá perigos e confusão social, como muitos sugerem. (LOCKE, 2011, p. 132)

Ao considerar a possibilidade de opor força à injustiça e ao abuso, Locke atribui ao direito de resistência o caráter de direito natural que se mantém preservado quando da associação em sociedade política, ou seja, um direito não derrogado pelo pacto social, portanto, legítimo.

Dentre as possibilidades de resistência, Locke elenca o fechamento ou dissolução do poder legislativo pelo príncipe, o que acarreta na ausência de legitimidade, ocasião em que o povo poderá instituir um novo legislativo[6]; quando o príncipe ou detentor do poder age arbitrariamente, desconsiderando a lei elaborada pelo legislativo, o que configura expresso abuso de poder[7]; quando o príncipe impede o livre agir do legislativo, impossibilitando sua reunião, bem como, arbitrariamente, modificar o procedimento eleitoral sem o consentimento do povo; quando entrega o povo ao domínio estrangeiro; quando o poder executivo é omisso e abandona a execução das leis[8]. São situações que confrontam com os fins da sociedade política, e como tal associação é formada para preservação de todos os membros da comunidade, é legítima a resistência. Assevera que "a

[6] "Se um homem ou grupo arrogarem para si a elaboração de leis sem que o povo os tenha eleito para tanto, serão eles sem autoridade, a que o povo, em consequência, não está obrigado a obedecer". (LOCKE, 2011, p. 137).

[7] "[...] quando tal pessoa ou príncipe único impõe sua própria vontade arbitrária em lugar das leis, que são a vontade da sociedade expressa pelo legislativo, altera-se esse poder, [...] subverte a lei antiga, repudia e derruba o poder que a elaborou". (LOCKE, 2011, p. 138).

[8] "Onde não mais se ministra justiça para garantir os direitos dos cidadãos, nem vigore qualquer poder na sociedade para direcionar a força que deve prover às necessidades das pessoas, não existe mais governo". (LOCKE, 2011, p. 139).

sociedade não perde nunca, pela culpa de quem quer que seja, o direito natural e primário que tem de se preservar [...]" (LOCKE, 2011, p. 140).

A arbitrariedade cometida pelo legislativo também legitima o direito de resistência do povo, pois ultraja o objetivo do pacto social. Nesse sentido afirma que "sempre que o legislativo tentar tomar ou destruir a propriedade do cidadão, ou subjugá-lo ao seu poder arbitrário, entre em estado de guerra com ele, isentando-o de ulterior obediência". (LOCKE, 2011, p. 140-142).

Locke reconhece que "o povo maltratado e injustiçado estará sempre disposto a livrar-se do peso que o oprime" (LOCKE, p. 142). Ao teorizar sobre a formação da sociedade política, tem no pacto social a lei fundamental da organização civil, a qual tem por escopo preservar a segurança e a paz dos membros da comunidade resguardando sua vida, liberdade e propriedade. Na sociedade política, o povo mantém determinados direitos naturais que devem ser observados e garantidos pelo governo constituído, sendo legítimo ao povo o uso da resistência ao poder em situações de violação ou omissão que vão de encontro a esses objetivos.

Verifica-se que a legitimidade do governo civil postulada pela teoria de Locke encontra-se na própria limitação do poder. Só é legítimo o governo que atue nos termos do contrato, cujo objetivo é manter a segurança e a paz na fruição de determinados direitos naturais, consubstanciados na propriedade, através de leis claras elaboradas pelo poder legislativo com vistas ao bem comum, que obriguem os membros da comunidade e o próprio governo, sob pena de violação ao pacto social subvertendo sua legitimidade.

> O objetivo do governo é o bem dos homens. E o que é melhor para eles? Ficar entregue à vontade desenfreada da tirania, ou os governantes por vezes sofrerem a oposição, quando exorbitem no uso do poder e o empreguem para a rapinagem e não para a preservação das propriedades do povo? (LOCKE, 2011, p. 145)

Com efeito, é notória a contribuição de Locke para o pensamento político acerca da legitimidade da resistência. Ainda que suas teorias tenham sido apropriadas pela classe burguesa no século XVIII, sobretudo para resguardo de seus bens materiais, a racionalização de um modelo de sociedade que limita o poder soberano e ressalta o valor dos direitos individuais, mormente a liberdade e igualdade, pois inerentes à condição humana, reveste o povo da efetiva soberania do poder. A constituição do governo

necessariamente observa este princípio, sob pena de perder a legitimidade conferida pelo contrato social.

Das ideias de Locke depreende-se que a sociedade política origina-se através do contrato social, vinculante, com obrigações e deveres recíprocos entre o indivíduo e o Estado. Uma vez violado o contrato pelo governante, seja por ação ou omissão, legítimo é o direito de resistência do indivíduo.

Sob a perspectiva contemporânea é plenamente aplicável o direito de resistência com respaldo nos fundamentos postulados por John Locke. É a Constituição Federal de 1988 o documento fundante e norteador do Estado brasileiro. Portanto, é o documento que simboliza o contrato social. Toda violação, seja por abuso de poder ou omissão governamental, enseja o direito de resistência, com vistas a assegurar os fins primordiais da sociedade política estabelecidos na Carta Magna.

O republicanismo, por sua vez, trabalha no campo da soberania, ou seja, trata da questão do poder, bem como de cidadania e participação.

Conforme Agra, o republicanismo

> [...] pode ser concebido como teoria de liberdade ou como teoria de forma de governo. Adotando-se esta vertente, ele representa uma forma de governo oposta ao regime monárquico, defendendo que os cidadãos têm obrigação de atuar ativamente na vida política da *polis* com o objetivo de proteger a *res pública*, considerada como valor fundamental para o desenvolvimento harmonioso da vida social. Adotando-se aquela vertente, ele representa uma teoria de liberdade que se contrapõe aos vínculos de subjugação existentes, englobando da dominação baseada no poder econômico até as que necessitam do apoio do Estado para sua implementação. (AGRA, 2005, p. 12)

O princípio republicano está relacionado com a participação do cidadão no trato da coisa pública o que decorre do espírito das virtudes cívicas, com fins ao autogoverno (RAMOS, 2006).

Sendo assim, a república pressupõe um estado de plena liberdade que torne viável a participação, livre de qualquer forma de dominação e interferência, seja de ordem pública ou privada, abarcando duas condições: "a submissão a leis não arbitrárias porque previamente discutidas e acordadas; e a busca pelo bem comum, que se realiza por meio da participação política que, por sua vez, é pressuposto da concretização da liberdade" (MARICATO, 2007, p. 226-227).

A participação dos cidadãos na elaboração das leis é fundamento primordial para o ideal republicano, pois o autogoverno é uma das características inerentes ao republicanismo (AGRA, 2005). Ainda, confere maior legitimidade às leis e, portanto, maior o grau de aceitação pelos membros da comunidade.

Assim, democracia e república são institutos que caminham lado a lado, pois tem-se que "[...] nas condições das sociedades contemporâneas, a república propriamente compreendida só pode ser democrática e que a democracia tende à degeneração se não for republicana" (SILVA, 2011, p. 35).

Com efeito, a participação cidadã é inerente para a consecução dos fins estabelecidos pela Constituição Federal de 1988, o que significa dizer que a emancipação de camadas historicamente oprimidas e relegadas do processo político é questão fundamental para se atingir os valores republicanos.

Neste sentido, aponta Maricato que:

> O interesse pela participação política faz com que os cidadãos sejam mais livres para questionar impropriedades da esfera pública. Daí a legitimidade, por exemplo, de que movimentos sociais criem fatos políticos e provoquem autoridades públicas, reivindicando direitos como a função social da propriedade. Somente com essa participação política, os representantes eleitos pelo povo serão pressionados a votar reformas e regulamentar dispositivos importantes previstos na Constituição, os quais, por falta de vontade política, são preteridos em favor de outros que espelham interesses privados desses mesmos representantes (como o aumento de seus próprios salários). É nesse sentido que a participação política contribui para a democracia participativa e o aperfeiçoamento das instituições republicanas. (MARICATO, 2007, p. 231)

De fato, os princípios republicanos colocam o bem público acima de qualquer interesse privado, não por relegar os valores individuais da sociedade, mas sim porque alcançar tais valores exige a comunhão com o interesse coletivo, caso contrário, as expectativas de futuro tornam-se temerárias (AGRA, 2005). Daí a importância da participação política de forma abrangente, livre, autônoma, pois, "a construção da cidadania pressupõe um equilíbrio entre as esferas pública e privada, para que o predomínio de uma não inviabilize o desenvolvimento da outra." (VIEIRA *apud* MARICATO, 2007, p. 231).

A efetivação de uma democracia ativa, participativa, ou, como aponta Silva (2007), uma democracia contestatória, é tida como a primeira condição para conferir maior

legitimidade no processo de elaboração das leis, o que de igual maneira resulta em preencher omissões históricas das vias representativas.

Outra condição necessária é a participação ampla e efetiva nos canais próprios de debate público, concluindo Silva (2007, p. 42):

> A institucionalidade democrática deve estar preparada para assegurar que os mais diversos grupos sociais, especialmente os grupos alijados das maiorias circunstanciais, contem com a presença de seus representantes diretos nos fóruns deliberativos. São justificáveis medidas que promovam a inclusão de tais setores no debate público.

Conclui-se que a forma republicana adotada pelo Estado brasileiro mantém-se aquém dos reais ideais e princípios norteadores do republicanismo. Se a participação social ampla e irrestrita no debate público é secundarizada pelo modelo notadamente representativo tão mais distante encontram-se os cidadãos da atuação direta das decisões governamentais, sejam elas do poder executivo ou legislativo, restando a democracia representativa clássica "[...] incompatível com vários dos preceitos do Neo-Republicanismo, primordialmente no pertinente ao incremento de uma cidadania ativa." (AGRA, 2005, p. 70).

Afirma Maricato (2007, p. 232) que:

> Ter um ordenamento jurídico bem estruturado não é garantia de efetivação dos valores fundamentais republicanos e tampouco da preservação da coisa pública: ao contrário, ele pode ser manipulado por interesses de grupos particulares se não for protegido pela ação política em prol do bem comum. A única forma de garantir a efetividade desse ordenamento jurídico é o envolvimento de cada cidadão nos assuntos de interesse público, pois, ao mesmo tempo em que o Estado proporciona o gozo de direitos, cada um tem também o dever de cuidar e cobrar para que eles continuem existindo.

Neste sentido, a resistência representa legítimo exercício de direito com vistas a preencher o espaço de debate público de modo mais abrangente e direto, na medida em que mecanismos institucionais não se revelam suficientes, quando não obstaculares, de uma ampla participação popular no processo decisório.

Ao adentrar nas origens do Estado moderno através do pensamento de Locke, bem como a análise dos princípios republicanos, é possível identificar alguns dispositivos constitucionais que dão amparo ao direito de resistência no ordenamento brasileiro, demonstrando que, apesar de não ser um direito fundamental expresso, é plenamente possível admiti-lo no ordenamento pátrio, porquanto seu reconhecimento é primordial

para compreensão fenomenológica de movimentos sociais que fazem uso da resistência como instrumento político de reivindicação de direitos, por meio da cidadania ativa.

A começar pelo preâmbulo da Constituição Federal de 1988, tem-se que a República brasileira constitui-se em "[...] Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais [...]" (CRFB/88). Tem por princípios fundamentais, dentre outros, a cidadania e a dignidade da pessoa humana (art. 1º, II e III). Possui um catálogo de direitos e deveres individuais e coletivos (art. 5º) bem como um rol de direitos sociais (art. 6º), que compreendem os direitos fundamentais.

Assim, assenta Buzanello (2006, p. 206):

> A Constituição abriu grandes possibilidades de ação política, em profunda adequação aos propósitos da construção do Estado democrático de direito. A participação política do cidadão no Estado foi especificada em ações políticas e jurídicas. A Constituição salienta a importância dos direitos fundamentais, relacionando-os com os princípios da soberania popular e da dignidade da pessoa humana como imperativos de justiça social. A liberdade política, em que se assentam as disponibilidades inerentes à cidadania, teve peculiar resguardo constitucional, prevalecendo a exata compreensão de que ela sempre acompanha o cidadão. Houve, portanto, um alargamento da participação popular na produção do poder político, que não mais se exaure na atribuição dos mandatos representativos: o poder estatal está adstrito ao povo, fonte única da soberania.

Com efeito, os objetivos da República Federativa do Brasil previstos no art. 3º da Constituição Federal[9] exigem do cidadão uma ampla participação para sua concretude, tendo em vista que problemas históricos ainda estão sujeitos à omissão do Estado no que diz respeito a implementação de políticas públicas, não obstante mandamento constitucional. A questão da terra, função social da propriedade e reforma agrária é um exemplo claro desta problemática. Ademais, conforme o § 1º, do art. 5º, da CRFB/88, os direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata, o que significa dizer que a Constituição não se apresenta como uma carta de promessas programáticas, sob pena de ter seu conteúdo esvaziado de sentido, mormente no que tange à efetivação de direitos fundamentais.

[9] "Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e igualitária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer formas de discriminação" (CRFB/88, 2014).

Desta forma, o direito de resistência apresenta-se como legítimo instrumento para a garantia de direitos, porquanto possui aspecto não só político como também jurídico, recebendo guarida no ordenamento constitucional brasileiro em virtude de seu caráter aberto à recepção de direitos não expressos, pois decorrentes do regime e princípios adotados, previsto no art. 5º, § 2º, da CRFB/88.

4 O Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem-Terra

Após verificados alguns pressupostos do direito de resistência e sua conformidade com ordenamento jurídico pátrio em função do art. 5º, § 2º da CRFB/88, buscar-se-á encontrar a legitimidade de seu exercício pelo Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem-Terra – MST.

Para compreensão contextualizada do MST convém traçar um breve panorama sobre a questão da terra no Brasil, especialmente no que toca à democratização do acesso à propriedade rural e reforma agrária, para que se demonstre que tal política não é levada a efeito. Vale lembrar que a questão da terra – sobretudo seu papel fundamental no desenvolvimento econômico e social do Brasil – continua sendo objeto de aprofundados estudos nas mais diversas áreas do conhecimento.

Sob a óptica constitucional, mormente o art. 184[10], da Constituição Federal de 1988, pode-se considerar como flagrante omissão constitucional pelo Estado brasileiro, agravado não só pela não concretização de direitos fundamentais – omissão que afeta não só aos integrantes do MST mas a todo o conjunto de cidadãos – como também potencializado pelos conflitos no campo decorrentes da concentração de terra e perpetuação da estrutura latifundiária.

Carvalho Filho *et. al.* (2009), afirma que a estrutura agrária não sofreu grandes alterações dos tempos coloniais até os dias atuais, em que pese a promulgação da Constituição Federal de 1988. Assevera que "o modelo que até hoje prevalece no meio rural é aquele oriundo dos interesses do latifúndio colonial, hoje 'modernizado' – chamado de

[10] "Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei". (CRFB/88, WEB, 2014).

forma eufêmica de agronegócio, mas, como dantes, concentrador e excludente" (CARVALHO FILHO *et. al.*, 2009, p. 157).

A reforma agrária foi inserida na Constituição Federal de 1988, em seu Título VII – Da Ordem Econômica e Financeira, a qual funda-se na valorização do trabalho humano e da livre iniciativa, tendo por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditamos da justiça social. Tem por princípios, dentre outros, a propriedade privada e a função social da propriedade (art. 170, CRFB/88). O Capítulo III, do mencionado Título, trata da Política Agrícola e Fundiária e da Reforma Agrária, normatizando nos artigos 184 a 191 disposições para sua implantação.

Ao inserir a reforma agrária no Título que trata da ordem econômica, pode-se afirmar que o constituinte originário vislumbrou naquela fundamental instrumento tanto para a promoção de correções históricas na distribuição e aproveitamento da terra como para o desenvolvimento econômico e social da nação.

A CRFB/88, contudo, não representou alterações significativas no processo de reforma agrária, sendo considerada até mesmo retrógrada a tal fim.

> A constituição de 1988, que poderia ser um marco na execução de políticas voltadas ao campo e à redução da concentração de terras no Brasil, contudo, não obteve nenhuma inovação em relação à Lei 4.504. Pode-se dizer até que houve retrocessos, pois a nova constituição acabou por legitimar o "latifúndio produtivo", pois não regulamentou o artigo que previa a desapropriação de terras maiores que o limite máximo de módulos fiscais. Além disso, não foi realizada a atualização dos níveis de produtividade por módulo fiscal, assim, mantêm ainda os padrões editados em 1964 (STÉDILE, 2002). A partir daí, foram implementadas apenas algumas medidas provisórias e algumas emendas constitucionais de Leis, entretanto nada de relevância significativa no que diz respeito à transformação consideráveis na disposição legislativa fundiária no Brasil. (FONTES; ALCANTARA FILHO, 2009, p.68)

Carvalho Filho *et. al.* (2009) também aponta que a CRFB/88 não atendeu a requisitos para a democratização do acesso à terra, contribuindo com a perpetuação da injusta distribuição fundiária, favorecendo os latifundiários. Para o pesquisador, entre outras críticas está o fato de que o texto constitucional de 1988 não estabeleceu o limite máximo da propriedade bem como determinou a prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, resgatáveis a partir de dois anos, com preservação do valor real, concluindo que "[...] em vez de punir, a Constituição de 1988, em boa medida, acaba por premiar e

incentivar o descumprimento da função social da propriedade" (CARVALHO FILHO *et. al.*, 2009, p. 181).

Costa (2014) afirma que "o único avanço da Constituição fora, então, a normativa da função social para a terra, rompendo, em tese, com a inviolabilidade do direito de propriedade." (COSTA, 2014, p. 148).

Em que pese as críticas ao texto constitucional de 1988 no tocante à reforma agrária, fato é que há previsão normativa-constitucional sobre o tema, o que vincula e obriga o Estado brasileiro à sua execução. Ademais, a função social da propriedade é direito individual e coletivo, previsto no art. 5º, XXIII da CRFB/88.

Não obstante, o Estado brasileiro continua inerte na promoção de uma reforma agrária ampla e condizente com a necessidade de combater as desigualdades sociais e alavancar o desenvolvimento no campo.

Os dados do Censo Agropecuário 2006[11] publicado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE atestam que o Brasil apresenta uma estrutura fundiária concentradora de terras.

Segundo a pesquisa, "as diferenças verificadas na área dos estabelecimentos agropecuários, quando comparados os diferentes estratos fundiários, continuam a caracterizar a manutenção na desigualdade na distribuição de terra no País [...]" (IBGE, 2009, p. 107). É o que se verifica na tabela abaixo:

Estrato de área	Área dos estabelecimentos rurais (ha)		
	1985	1995	2006
Total	**374 924 421**	**353 611 246**	**329 941 393**
Menos de 10 ha	9 986 637	7 882 194	7 798 607
De 10 ha a menos de 100 ha	69 565 161	62 693 585	62 893 091
De 100 ha a menos de 1 000 ha	131 432 667	123 541 517	112 696 478
1 000 ha e mais	163 940 667	159 493 949	146 553 218

Fonte: IBGE, Censos Agropecuários 1985/2006.

Os estabelecimentos rurais no Brasil abrangem uma área total de 329.941.393 ha.

[11] O Censo Agropecuário 2006 é o último levantamento realizado pelo IBGE, tendo sido publicado em 2009. O levantamento anterior foi realizado em 1996 e o próximo tem previsão para 2016.

Em termos de área ocupada, considerando os últimos três Censos Agropecuários, o estudo aponta que a ocupação de estabelecimentos rurais com menos de 10 ha representam menos de 2,7% (dois vírgula sete por cento) da área total de ocupação dos estabelecimentos rurais. Em contrapartida, a ocupação de estabelecimentos rurais acima de 1.000 ha concentram mais de 43% (quarenta e três por cento) da área total ocupada (IBGE, 2009).

Em termos de número de estabelecimentos, entretanto, a proporção se inverte. Aponta o estudo que aqueles com menos de 10 ha representam um percentual acima de 47% (quarenta e sete por cento) do número total de estabelecimentos rurais, ao passo que os estabelecimentos acima de 1.000 ha representam 0,91% (zero vírgula noventa e um por cento) do total de estabelecimentos rurais (IBGE, 2009).

É evidente a concentração de terras no país, porquanto 47% (quarenta e sete por cento) dos estabelecimentos rurais ocupam menos de 2,7% (dois vírgula sete por cento) de área, enquanto menos de 1% (um por cento) dos estabelecimentos ocupam mais de 43% (quarenta e três por cento) da área total de estabelecimentos rurais.

Resta claro que o Brasil não adotou as medidas necessárias para concretização da reforma agrária, mantendo a estrutura fundiária concentradora de terras, tal qual prevalece desde os tempos coloniais.

De outro norte, verificou-se que o país possui instrumentos jurídicos para combater a concentração de terras e promover sua distribuição através da reforma agrária, pelo que se pode afirmar que o Estado brasileiro nunca adotou políticas efetivas de democratização ao acesso à propriedade rural por inércia, por falta de comprometimento com as próprias leis nacionais, por omissão constitucional, furtando-se do compromisso posto pela Carta Magna de 1988.

Esta é a razão pela qual trabalhadores rurais, no exercício de sua cidadania, empreendem a luta pelo acesso democrático à propriedade rural. Luta essa que, após quase trinta anos da promulgação da Constituição da República de 1988, ainda mostra-se necessária.

Desde sua origem, o MST faz das ocupações de terras importante instrumento de luta e reivindicação, caracterizando um dos seus principais meios de pressão ao poder público. De outro norte, pode ser considerado o meio mais polêmico de atuação[12].

O lema "ocupar, resistir e produzir" foi construído durante o 2º Congresso Nacional do MST, em 1990, e, dentre outros aspectos, pode ser analisado sob a ótica da posse da terra e sua produção.

Com efeito, Costa afirma que:

> A reforma agrária é uma categoria heterogênea, que abrange vários significados e múltiplas dinâmicas sociais. Pode representar qualquer reforma política e social que visa a desapropriação de terras por trabalhadores camponeses ou pelo Estado com a intenção de atenuar a desigualdade fundiária. Pode ser compreendida, ainda, dentro de um sintetismo comum aos movimentos campesinos, como 'ceder a terra para quem nela trabalha'. (COSTA, 2014, p. 5).

É através de uma ocupação que os trabalhadores rurais sem-terra ampliam o debate político, criam o espaço público de discussão, colocam em evidência o problema agrário. É nesta ação que se encontra o germe do direito de resistência na atuação do MST, uma vez que a ocupação de terra, ainda que em confronto com alguns aspectos do ordenamento jurídico – como é o caso do direito de propriedade – possui um caráter notoriamente político.

Conforme Telles (1998, p. 41):

> Quando os trabalhadores sem-terra fazem as ocupações de terra, instauram um conflito que é mais do que o confronto de interesses, pois abrem a polêmica – e o dissenso – sobre os modos como se entende ou pode se entender o princípio da propriedade privada e seus critérios de legitimidade, sobre o modo como se entende ou pode se entender a dimensão ética envolvida na questão social e sua pertinência na deliberação sobre políticas que afetam suas vidas, sobre o modo como se entende ou pode se entender a questão da reforma agrária, suas relações com uma longa história de iniqüidades e o que significa ou pode significar para o futuro deste país.

Neste sentido, Morissawa (2001) faz a distinção entre invasão e ocupação de terras na medida em que a invasão está relacionada ao fato de tomar alguma coisa de outrem em proveito particular, enquanto a ocupação significa o preenchimento de um espaço vazio

[12] Além da ocupação de terras, o MST utiliza outros instrumentos de luta, a exemplo dos acampamentos em margens de rodovia e em frente a órgãos públicos, marchas e manifestações (MORISSAWA, 2001).

como mecanismo de pressão social coletiva. No caso do MST, busca-se a aplicação constitucional com a desapropriação de terras que não cumprem sua função social (art. 5º, XXIII, art. 184, CRFB/88).

Portanto, a ocupação tem um caráter eminentemente político, não podendo ser singularizada como ato ilícito porquanto não objetiva a proveito particular em detrimento de outrem, mas sim pressionar o Estado a promover seu dever, tanto político como jurídico, conforme determina a Constituição Federal, de efetivamente promover políticas públicas de reforma agrária.

Revela-se como um mecanismo de pressão social, pois, como já verificado, em que pese o arcabouço constitucional, os dados acerca da concentração de terras demonstram que a reforma agrária não está na pauta do poder público tampouco no debate amplo e geral com a sociedade. Uma vez afastada do espaço institucional, legítima é a ação que visa a criar espaços públicos de discussão e resolução, não só do problema agrário, mas fundamentalmente da concretude da Constituição Federal.

Assim entende Tavares quando afirma que:

> [...] é visível a resistência dos Trabalhadores Rurais Sem-Terra, que vêm enfrentando os diversos obstáculos às suas lutas, mas que também vêm assumindo e reivindicando o Direito de Resistir. O lema *ocupar, resistir e produzir*, sem dúvida, está intimamente ligado a um Direito Fundamental de Resistência e a uma configuração de Desobediência Civil à ordem preestabelecida, sendo plenamente legitimada pela idéia final do lema, que destaca o caráter produtivo do ato de ocupação e resistência. A preocupação do MST não é adequar-se às instituições estatais; muito pelo contrário, o movimento pretende mostrar a ineficiência dessas instituições e, paulatinamente, negar sua legitimidade perante a sociedade. Vemos, também, que o movimento não restringe sua resistência à ocupação de terras, há a ocupação de ruas, praças e repartições públicas, visando a mostrar, por meio da mobilização, seu poder organizativo [...]. (TAVARES, 2003, p. 99)

Vale ressaltar a adequação da resistência adotada pelo MST à Constituição Federal de 1988, na medida em que o movimento não pretende romper a ordem constitucional. Ao contrário, através do ato de ocupação de terras denuncia a inércia do poder público em cumprir o que lhe impõe a Carta Magna, contesta o caráter absoluto do direito de propriedade, mormente quando esta não cumpre sua função social – o que é respaldado

pela própria Constituição Federal, em seu art. 5º, XXIII – e reivindica o acesso democrático à terra com fulcro no art. 184 da CRFB/88.

Neste sentido, a luta pelo acesso democrático à terra através da ocupação, tem um efeito internalizador da cidadania e emancipador do sujeito, uma vez que promove o reconhecimento por parte deste sujeito de sua condição ao longo do processo histórico da sociedade, e aflora a consciência na busca da concretização de seus direitos fundamentais.

Fernandes (2000, p. 282) afirma:

> A organização de uma ocupação decorre da necessidade de sobrevivência. Acontece pela consciência construída na realidade em que se vive. É, portanto, um aprendizado em um processo histórico de construção de experiências de resistência. Quando um grupo de famílias começa a se organizar com o objetivo de ocupar a terra, desenvolve um conjunto de procedimentos que toma forma, definindo uma metodologia de luta popular. Essa experiência tem a sua lógica construída na práxis. Essa lógica tem como componentes constitutivos a indignação e a revolta, a necessidade e o interesse, a consciência e a identidade, a experiência e a resistência, a concepção de terra de trabalho contra a de terra de negócio e de exploração, o movimento e a superação.

Sendo assim, a ocupação de terras pelo MST configura ato de cidadania, mormente ao pleitear o dever constitucional do Estado em promover a reforma agrária. Dessa forma, frente à desproporção histórica e alta concentração de terras constatada ainda hoje, vale-se o MST do direito de resistência, amparado pelo art. 5º, § 2º, da CRFB/88.

5 Considerações finais

O estudo enveredou-se por tema delicado: a legitimidade da resistência no Estado Democrático de Direito. Não se pretendeu esgotar o assunto, pelo contrário, buscou-se a reflexão a partir do fenômeno da resistência como mecanismo de aprimoramento da democracia.

Verificou-se que a resistência não é incompatível com o Estado Democrático de Direito. Isto porque a resistência ao poder, sobretudo o opressor, é presente na história da humanidade, sendo racionalizada e desenvolvida enquanto pensamento político. De pensamento político, é inscrita nas Declarações de Direitos como direito inalienável do homem, passando do campo abstrato para o formal. É incorporada ao direito interno por

estados constitucionais, mediante texto expresso ou de modo implícito, conforme verificado em algumas Constituições modernas.

No Estado brasileiro, a Constituição Federal de 1988 não prevê o direito de resistência expressamente em seu texto. Todavia, o § 2º, do art. 5º, da CRFB/88 informa que os direitos e garantias nela expressos não excluem outros decorrentes do regime e princípios por ela adotados, bem como dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte. Configura-se, portanto, como uma Constituição dinâmica e aberta.

A partir desta premissa, relacionou-se o direito de resistência como um direito que decorre do regime e dos princípios adotados pela Constituição Federal de 1988, sobretudo pela perspectiva contratualista de John Locke e pelos princípios do regime republicano.

A república tem como fim o autogoverno dos cidadãos através da participação ativa no processo político. Pelo que a resistência configura-se como instrumento legítimo de exercício da cidadania e admissível no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, na medida em que o Estado é omisso em concretizar os mandamentos constitucionais.

Por fim, analisou-se o direito de resistência no caso concreto, tomando como parâmetro a atuação do Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem-Terra e sua luta pela efetivação de direitos consagrados pela Constituição da República, a partir de uma prática de resistência consistente na ocupação de terras.

O direito não se materializa na letra da lei. É a partir dela que institucionalmente se reconhece o direito, é a partir dela que se tem o direito formalmente posto. Nesse sentido, a Constituição Federal é o documento estruturante de uma sociedade política. É a ela que todos, cidadãos e Estado, estão submetidos.

A inércia estatal em garantir os mandamentos constitucionais é violação do próprio sentido de sociedade política. Acarreta prejuízo coletivo, porquanto não equilibra as relações sociais.

O MST não luta contra a propriedade privada, ao contrário, luta para a garantia de um direito constitucional que é de interesse de toda a coletividade. É a luta para que a propriedade cumpra sua função social. É a luta para que o Estado promova a reforma agrária.

Neste sentido, buscou-se comprovar a legitimidade do MST no exercício do direito de resistência, direito este implicitamente abarcado na Constituição da República de 1988 em função de seu art. 5º, § 2º.

A questão agrária é problema histórico no país, não enfrentado pelo Estado nem após a promulgação da Constituição Cidadã. Razão pela qual os trabalhadores rurais sem-terra, sujeitos diretamente afetados pela omissão estatal, no exercício de sua cidadania, tomam a iniciativa de recorrer às últimas medidas com o objetivo de terem seus direitos constitucionais atendidos pelo Estado.

A compreensão desse fenômeno é de fundamental importância a todos os setores da sociedade, especialmente ao Estado, no conjunto de seus Poderes. É necessária a compreensão partindo dos próprios princípios democráticos e republicanos, identificando a ação cidadã no processo de participação política, evitando-se assim o agravamento do conflito e efetiva solução do problema.

6 Referências bibliográficas

AGRA, Walber de Moura. **Republicanismo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível emhttp://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 18 out 2014

BOBBIO, Norberto. MATEUCCI, Nicola. PASQUINHO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. 11. ed. Brasília: Editora UNB, 1998.

BUZANELLO, José Carlos. **Direito de resistência constitucional**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO FILHO, José Juliano de; FERREIRA, Brancolina; ALVES, Fábio. Constituição Vinte Anos: caminhos e descaminhos da reforma agrária – embates (permanentes), avanços (poucos) e derrotas (muitas). In: **Políticas sociais: acompanhamento e análise**. Disponível em www.ipea.gov.br Acesso em 12 out 2014.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

COSTA, Caetano De'Carli Viana. **Sonhos de abril**. A luta pela terra e a reforma agrária no Brasil e em Portugal: os casos de Eldorado dos Carajás e Baleizão. 2014. 427 p. Tese (Doutorado em Pós-colonialismos e Cidadania Global). Faculdade de Economia. Universidade de Coimbra, Coimbra.

FERNANDES, Bernardo Mançano. A formação do MST no Brasil. 2 ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2000.

FONTES, Rosa Maria Oliveira. ALCANTARA FILHO, José Luiz. **A formação da propriedade e a concentração de terras no Brasil**. Revista de história econômica e economia regional aplicada. Juiz de Fora, v. 4, n. 7, p. 63-85, julho/dezembro 2009.

GARCIA, Maria. **Desobediência civil, direito fundamental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário técnico jurídico**. 11. ed. São Paulo: Rideel, 2008.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Censo Agropecuário 2006**. Rio de Janeiro, 2009.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. 1. r. São Paulo: Martin Claret, 2011.

MARICATO, Carla Andrade. Republicanismo. Revista de direito público. Londrina, v. 2, n. 2, p. 225-248, maio/agosto 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
MORISSAWA, Mitsue. A História da luta pela terra e o MST. São Paulo: Expressão Popular, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positiv**o. 27 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, Ricardo**. Republicanismo neo-romano e democracia contestatória**. Revista de sociologia política. Curitiba, v. 19, n. 39, p. 35-51, junho 2011.

TAVARES, Geovani de Oliveira. **Desobediência Civil e Direito Político de Resistência, os novos direitos**. Campinas: Edicamp, 2003.

TELLES, Vera da Silva. **Direitos sociais**: afinal do que se trata? Revista USP. São Paulo, n. 37, p. 34-45, março/maio 1998.

A ORIGEM E O DESENVOLVIMENTO DO PRINCÍPIO DA IMUNIDADE JURISDICIONAL DOS ESTADOS: DO CAMINHO TRAÇADO POR CONTRATUALISTAS ÀS DECISÕES EXARADAS PELAS CORTES DOMÉSTICAS DOS ESTADOS UNIDOS E DO REINO UNIDO NO TRANSCURSO DO SÉCULO XIX

Leonardo Freitas[*]

Palavras-chave: soberania; imunidade; jurisdição estatal; Estados.

Resumo: O cotejo entre o direito internacional e o direito interno sempre foi fonte de alongadas e frutíferas discussões dentre os internacionalistas. Na dinâmica deste enfrentamento, o Princípio da Imunidade Jurisdicional dos Estados enlaça-se virginalmente à soberania, à igualdade destes sujeitos e à concepção que cada Estado tem em relação ao alcance das normas que concebeu dentro de suas fronteiras e às quais aderiu em virtude da sua convivência com outros entes perante a comunidade internacional. Dado tal panorama, neste trabalho objetiva-se um desenlace histórico necessário para conceber as raízes da Imunidade de Jurisdição Estatal- germinada no contexto da formação dos Estados Modernos e sob a égide do conceito de soberania disseminado por Jean Bodin (*par in paret non habet imperium*), Thomas Hobbes e Emer Vattel – , mediante institutos fundadores desta nova ordem, como a imunidade absoluta e a imunidade relativa, por meio dos *acta jure imperii* e *acta jure gestionis* e, deste modo, comprovar o encadeamento jusfilosófico entre o pensamento contratualista e aquele externado por juízes em cortes superiores domésticas.

Keywords: sovereignty; immunity; state jurisdiction; states

Abstract: The comparison between international law and domestic law has always been a source of lengthy and lively debate among internationalists. In the dynamic of this confrontation, the Principle of Jurisdictional Immunity of States is closely associated with

[*] Graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina.

sovereignty, with the equality of subjects, and with the understanding of each State as to the scope of rules conceived within national borders, to which States have adhered by virtue of their coexistence with other entities in the international community. Given this situation, the objective of this work is to outline the historical facts required to shed light on the roots of Jurisdictional Immunity of States, which was engendered in the context of the formation of modern states, under the aegis of the concept of sovereignty as advocated by Jean Bodin (par in paret non habet imperium), Thomas Hobbes and Emer de Vattel, by means of doctrines that have underpinned this new order, such as absolute immunity and relative immunity, as well as acta jure imperii and acta jure gestionis. As a result, this work aims to verify the connection, in terms of the Philosophy of Law, between contractualism and the thought voiced by judges in higher domestic courts.

1 Introdução

O objetivo deste trabalho é demonstrar de que modo o conceito de soberania influenciou no surgimento do Princípio da Imunidade Jurisdicional dos Estados. Para tanto, foram utilizados os métodos dedutivo e histórico, a partir da jusfilosofia contratualista e a consequente consolidação de ideias nas cortes americana e inglesa.

Tendo como ponto de partida as ideias de Jean Bodin, tido pela Teoria Política como o fundador do conceito de soberania ainda em um período pré-estatal, - e cuja concepção já se afastou sensivelmente da que se tem hoje acerca de tal instituto – delineou-se uma linha cronológica, de pensador em pensador, de Bodin a Hobbes e de aí a Vattel e, por conseguinte, às cortes domésticas para justificar a hipótese aventada de que há, de fato, um liame histórico entre o que preceituavam os contratualistas ingleses e franceses e o que se concebeu acerca das imunidades no transcurso do século XIX e durante o início do século XX. Como paradigma utilizou-se a sentença do famoso caso *Schooner Exchange v. McFaddon* julgado na Suprema Corte dos Estados Unidos cujo arrazoado desenvolvido pelo juiz Marshall desvelou esta transição entre soberania e imunidade estatal. Saliente-se que a imunidade aqui discutida é a absoluta, presente em todas as discussões e relações

internacionais até as mudanças proporcionadas por fatores econômicos e políticos e que ensejaram, posteriormente, o advento da imunidade estatal relativa.

2 A soberania em Jean Bodin e Thomas Hobbes

Em grande parte, os princípios de direito são concebidos a partir de processos históricos ou fenômenos sociais que lhes dão maturação e permitem que seus efeitos espraiem-se conforme o comportamento dos grupos sociais em que estão inseridos.

Considerando que a maioria dos princípios de direito postos no sistema normativo internacional segue dinâmica semelhante, cabe a todos que se debruçarem sobre o assunto a busca pelos institutos e origens conceituais que deram vazão a tais normas. Sendo assim, e para que se alcancem razoáveis conclusões acerca do tema em comento, cumpre compulsar o ambiente em que se deram ruturas e germinaram novas ideias e políticas, a remodelarem o sistema vigente.

A soberania é um dos institutos fundadores e basilares na compreensão do desenlace histórico e sociológico de princípios presentes no Direito Internacional. A imunidade, aquela decorrente deste conceito, está às voltas desde longa data, compondo o *ius gentium* nos seus mais variados domínios. Em específico, a imunidade de jurisdição de que gozam os Estados tem suas raízes já fixadas no primado conceitual desenvolvido por Jean Bodin e aprimorado por Thomas Hobbes, ainda à época da gênese dos Estados Modernos.

No período pré-estatal havia um vazio no que concerne ao controle dos costumes da população e ausentes mecanismos burocráticos e fiscais centralizados, vale dizer, o poder político e legal estava fragmentado, situação descrita por Paolo Grossi como uma "sociedade formada por sociedades"[1] (GROSSI, 2010).

A Paz da Westphalia, que deu azo aos novos Estados-nação, denotou o protecionismo que se avizinhava, já que estes entes viam-se implicados em fatores como uma economia de mercado embrionária e um notável espírito colonizador, voltado ao incremento do comércio exterior..

[1] Tradução livre. Do original: *The socio-political reality of the Middle Ages was composed of an extremely fragmented complex of communities, a society made up of societies.*

As ideias de Bodin estavam estruturadas sobre a doutrina da igualdade soberana e na máxima *par in parem non habet imperium*. O influxo destas novas ideias não foi repentino, tendo como primeiro aspecto o descolamento entre a visão de submissão a um Imperador e a consequente identificação do indivíduo medieval com a *civitas*, pertencente a um território, na "lenta separação desta matriz comum em que toma forma uma nova imagem de soberania" (COSTA, 2010. P. 131).

Por sua vez, Hobbes não dá margem a concessões quanto a determinados costumes religiosos, leis divinas ou a própria *Lex Salica*, para citar um caso específico dos europeus. Rompe-se com o preceito aristotélico de sociedade natural de homens e filia-se ao contrato social.

O jusnaturalismo freia essa tendência à pacífica convivência humana e é o ponto de inflexão em relação às exceções previstas por Bodin no que concerne ao poder absoluto, já que "longe de serem espontaneamente ordenados, os indivíduos são os detentores de um poder que não encontra em si mesmo limites ou freios e se traduzem num conflito destrutivo" (COSTA, 2010, p. 135).

Como bem aponta Bobbio, o vício não está no excesso de poder, mas na insegurança derivada da ausência deste. A lição do professor italiano no que diz respeito ao ilimitado poder do Soberano em Hobbes esclarece bem o ponto aqui apresentado, senão vejamos.

Em outras palavras, o vínculo que os súditos têm com relação às leis positivas não é da mesma natureza do que prende o soberano às leis naturais. Se o súdito não observar as leis positivas, poderá ser obrigado a isso pela força do poder soberano; mas se o soberano não observar as leis naturais, ninguém poderá constrangê-lo à sua obediência; ninguém poderá puni-lo (pelo menos neste mundo). Em consequência, enquanto as leis positivas constituem para os súditos comandos que precisam ser obedecidos absolutamente, as leis naturais são, para o soberano, apenas regras de prudência, sugerindo-lhe um determinado tipo de conduta, para alcançar determinado fim; não lhe impõem necessariamente um comportamento determinado. O soberano é juiz da conduta do seu súdito, mas a conduta do soberano é julgada por ele próprio. (BOBBIO, 2001. p. 109)

Ou seja, largados ao *bellum omnium contra omnes*[2] a única saída para os indivíduos está na ordem única e indivisível concedida ao Soberano para que este os proteja dos seus próprios anseios e garanta seus direitos particulares, ainda que, paradoxalmente, não esteja imbuído de observá-los. Do contrário, estarão largados à própria sorte, sem garantia de propriedade e "só pertencerá a cada homem aquilo que ele é capaz de conseguir, e apenas enquanto for capaz de conservá-lo" (HOBBES, 1974. p. 47)

Antes da unificação, a concepção de soberania fundamentava-se em religião, na particular natureza divina dos reis, definida por Paulo Bonavides como teoria da investidura providencial, em que a origem divina do poder lhes conferia prerrogativas ilimitadas já que "são os monarcas na terra os executores irresistíveis da vontade de Deus. Cumpre aos povos prestar-lhes cega obediência [...] são responsáveis unicamente perante Deus, jamais perante os homens".

Com o advento da Revolução Francesa[3] e seus desdobramentos políticos, uma nova abordagem nasceria ao cabo do século XIX, em que o direito divino do povo tomaria o lugar daquele reservado aos reis.

Temos em Duguit uma crítica contundente ao modelo concebido por Hobbes e Rousseau - no plano interno, acerca da unidade do poder soberano - decorrente da soma da vontade de todos os indivíduos, de modo a formar uma personalidade distinta destes. Diz o autor que, da maneira como querem os contratualistas, "o princípio da soberania nacional não é só indemonstrado e indemonstrável, mas também é inútil". Em outro escrito, o francês traz seu conceito para o termo: "a soberania é sempre uma vontade comandante. Ela é uma vontade superior a todas as outras vontades que se encontram num dado território". (DUGUIT, 2009. p. 73)

3 A transição entre soberania e imunidade absoluta dos Estados: Vattel e a Suprema Corte americana

[2] Termo latino que significa "guerra de todos contra todos", foi utilizado pela primeira vez por Hobbes em *De Cive* e posteriormente desenvolvido em *O Leviatã*.

[3] Hermann Heller segue essa ideia da mudança no papel do povo que, a partir do arrefecimento das monarquias, pôde se organizar na forma de sociedade civil e compor o espectro político. HELLER, Hermann. Teoria do Estado. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968.

A geração de pensadores influenciados diretamente por Hobbes cimentou a ponte que aqui se pretende construir de modo a unir os preceitos de Soberania e Imunidade dos Estados. Citado por Bankas no desate cronológico pós-Westphalia, Emer de Vattel faz alguns apontamentos do que viria a ser a gênese da absoluta imunidade estatal.

> Já que os homens são iguais por natureza e seus direitos e deveres individuais são os mesmos, as nações, que provêm da mesma natureza, são compostas por homens e podem ser vistas como grupos de pessoas livres vivendo juntas em um estado de natureza, e são, por natureza, iguais e mantêm a natureza das mesmas obrigações e dos mesmos direitos; a força ou a fraqueza, neste caso, não fazem diferença. Um anão é um homem tanto quanto um gigante também é; uma pequena república não é um Estado menos soberano do que o mais poderoso reino. Uma nação é, portanto, livre para agir como quiser, desde que seus atos não afetem os direitos de outra nação, e desde que a nação esteja sob meras obrigações sem qualquer obrigação externa. Se esta nação abusou da sua liberdade, ela está agindo injustamente; porém outras nações não podem reclamar/criticar, uma vez que não têm o direito de ditar sobre a nação em questão.[4] (grifo nosso) (BANKAS, 2005, p. 7).

Não tardou para que os primeiros casos chegassem às cortes superiores. O primeiro litígio a tratar de forma completa esse tema foi *Schooner Exchange v. McFaddon* (1812) – alcunhado por Bankas como o *fons et origo* das leis modernas de imunidade estatal30 - , o qual consistia em disputa entre dois cidadãos americanos contra o estado francês, iniciada ainda em uma corte local americana (*United States Discrict Court of Pennsylvania*).

Em síntese, um barco de *McFaddon* e *Greetham* havia sido confiscado pela marinha napoleônica no transcurso de 1810. Defenderam, pelo princípio da equidade, que a embarcação militar francesa, agora atracada na Filadélfia, voltasse a sua posse. Embora derrotados localmente, a decisão depois seria revertida pelo distrito judicial (*Circuit Court*) e uma vez mais objeto de recurso para a Suprema Corte Americana, que seria questionada

[4] Tradução livre. Do original: "*Since men are by nature equal and their individual rights and obligations the same, as coming equally from nature, nations, which are composed of men and may be regarded as so many free persons living together in a state of nature, are by nature equal and hold from nature the same obligations and the same rights, strength or weakness, in this case, counts for nothing. A dwarf is as much a man as a giant is; a small republic is no less a sovereign state than the most powerful kingdom. A nation is therefore free to act as it pleases, so far as its acts do not affect the perfect rights of another nation, and so far as the nation is under merely obligations without any perfect external obligation. If it abused its liberty it acts wrongfully; but other nations cannot complain since they have no right to dictate to it"* (grifo nosso).

dentre outras situações[5], acerca da possibilidade de a França ser processada por Corte estrangeira. (BANKAS, 2005, p. 14)

Dada a inexistência de jurisprudência ou de lei escrita sobre o tema, o Presidente da Suprema Corte Americana John Marshall teve de buscar na filosofia e na política o supedâneo de sua decisão, mormente nos escritos de Vattel, Hobbes e outros. O exercício da soberania implicava na observação do princípio da Igualdade dos Estados e na correspondência de tratamento dos estrangeiros, das missões diplomáticas e do relacionamento interestatal, de modo a estimular o convívio harmônico entre as nações.

Aí há um ponto nevrálgico na discussão posta por Marshall. Vez que, em sendo o Estado senhor das suas razões e tendo o poder de agir internamente como lhe melhor convir, seria, em tese, lícito que qualquer soberania pudesse interpelar judicialmente outro ente soberano.

Nada obstante, caso um Estado agisse de forma a extrapolar suas prerrogativas territoriais e lesasse a dignidade dos Estados, atingiria uma norma implícita estabelecida na ordem internacional. Note-se que esta obrigação de respeito à dignidade e à independência dos países estava norteada por uma lógica dual, vale dizer, os Estados também estavam compelidos "a sua mais alta obrigação de protegerem-se de serem sujeitados à jurisdição de outros estados". (BANKAS, 2005, p. 16-17)

Em resumo, o *suprema potestas* lastreia internamente esta ideia de igualdade estatal e estimula relações virtuosas entre as nações.

Por sua vez, já em 1879, o caso *Parlement Belge*[6] trouxe nova discussão às cortes em temática semelhante à do *Schooner Exchange*. A colisão entre um rebocador e um navio a vapor, alcunhado de *Parlement Belge*, ensejou ação dos proprietários daquele contra este último, a fim de que se pagasse reparação das avarias. O barco pertencia ao estado soberano da Bélgica e era conduzido por oficiais da marinha belga, sob ordens do Rei. Em última instância, estabeleceu-se um precedente em relação aos navios de guerra que mesmo

[5] No original, os questionamentos estão dispostos nos seguintes termos: "*Whether France being a sovereign country can be impleaded or sued in her own name in a foreign court, i.e., U.S. Courts; Whether based on absolute or classical doctrine of a sovereign immunity France could arrest suit or possibly resist if the need be an execution against her property; Whether Napoleon having acquired title by force could be impleaded*".

[6] O relatório do julgamento pode ser consultado em http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=179&invol=552 (Acessado em 13/3/2015).

simultaneamente agissem para fins públicos e comerciais, como era o caso do *Parlement Belge*.

Em sua decisão, o Chefe da Corte de Apelação William Brett (*Lord Justice of Appeal Brett*) reafirmou os valores absolutos da soberania, independência, dignidade e respeito mútuo dos Estados, de modo a consolidar um concerto internacional entre as nações.

4 A visão internacionalista. Divergências sobre imunidade absoluta.

Como contraponto à decisão, alguns anos depois Léon Duguit lançaria o seguinte questionamento:

> os Estados soberanos podem estar subordinados a uma regra que lhes imponha obrigações recíprocas? Logicamente, parece que não, pois, se eles estão submetidos a uma regra que venha a limitar sua liberdade de ação, sua independência, não serão mais soberanos; podemos dizer que eles deixam de ser Estados.[7] (DUGUIT, 1922, p. 104)

Desenvolvida no início século XIX e tida como intocável até a primeira década do século XX, a Imunidade estava calcada em certo pragmatismo, o que impedia o aprimoramento de uma teoria direcionada não somente ao Estado – naquele ponto mergulhado em uma soberania absoluta, apenas questionável pela regra da reciprocidade -, mas também ao indivíduo.

Quase um século após o *Parlement Belge*, Sorensen explicitaria os institutos aventados por William Brett ao conceituar a soberania como o mais importante princípio do direito internacional, fruto de um apanhado de normas fundamentais deste ordenamento. A partir daí destaca três aspectos: o externo, em que o Estado está livre para assentar suas relações com outros entes e que pressupõe o segundo ponto, interno, que assegura a ordem legislativa e estrutura funcional de suas instituições, além do traço territorial, cuja característica decorre do poder coercitivo que o Estado exerce sobre tudo e todos que estão presentes em seu território. (SORENSEN, 1973, pp. 264-265)

[7] Tradução livre. Do original: *Les États souverains peuvent-ils être subordonnés à une régle qui leur impose des obligations réciproques ? Il semble logiquement que non, car, s'ils sont soumis à une régle qui vient limiter leur liberté d'action, leus indépendence, ils cessent d'être souverains ; ils cessent, peut-on dire, d'être des États.*

Coetâneas são as opiniões de Kaplan e Katzenbach, em cujo trabalho acerca dos fundamentos políticos do direito internacional anotam que a transição que perfez mais de dois séculos de desenvolvimento dos novos Estados-nação arrefeceu a tese da soberania como um fim em si, pressuposto da independência e alheio às novas tendências que se avizinhavam por ocasião da gênese de entidades políticas, sendo a mais notável dela as Nações Unidas. Os autores classificam esta nascente dinâmica de sistema bipolar flexível, em que "não é mais requisito para a segurança política do Estado ser livre e independente de interferências nos assuntos internos". (KAPLAN; KATZENBACH, 1964, pp. 152-153)

Por sua vez, segundo Jean Touscoz, a soberania é expressão da independência, a qual serve de pressuposto para a atribuição da condição de Estado a uma coletividade, onde já haja uma população, em determinado território e com governo estabelecido. No âmbito internacional, a soberania não pode ser considerada absoluta, dada a existência da uma pluralidade de entes. Sobre o poder supremo, afirma Touscoz que "na sociedade internacional, os Estados são fortemente interdependentes: não se pode imaginar que cada um deles possa ter pretensões a um poder supremo". (TOUSCOZ, 1993, p. 34)

Mais recente, a definição de Dixon se aproxima desta e presta ênfase aos aspectos interno e territorial. Já há, no entanto, reconhecimento de certas limitações nas prerrogativas estatais no que diz respeito a Direitos Humanos, fator ainda não consolidado definitivamente à época dos escritos de Sorensen. Segundo o autor

> A soberania é a forma de jurisdição mais abrangente no Direito Internacional. Em termos gerais, denota poder pleno e incontestável sobre o território e sobre todas as pessoas periodicamente ali estabelecidas. Pode estar submetida a certas limitações, como garantias de direitos humanos e privilégios diplomáticos, mas à parte as exceções que estão positivadas, a soberania de um Estado sobre o seu território é absoluta e completa. (DIXON, 2007, p. 154)

Após a 1ª Grande Guerra, Herman Heller reafirma a soberania como pressuposto da existência do próprio Direito Internacional. Na linha do que vinha sendo debatido acerca da imunidade absoluta, escreve o autor que "[...] é necessário afirmar que a soluta potestas, mesmo frente ao direito, é o elemento que determina a natureza da soberania" já que decorrente da vontade conjugada dos Estados. (HELLER, 1995, p. 226)

Entretanto, este cenário mudaria. Não só em razão das crescentes relações diplomáticas, mas, sobretudo por terem se tornado sujeitos do comércio internacional, a

"absoluta imunidade cada vez mais parecia um fenômeno inapropriado frente às exigências do mundo comercial contemporâneo e das noções de estabilidade, integridade e equidade nos mercados ". (HIGGINS, 1982, pp. 265-271)

Martin Dixon destaca que esses traços já podiam ser notados com o advento do Pacto da Liga das Nações, o qual proporcionou novas perspectivas ao direito internacional. O declínio momentâneo do comércio mundial devido ao malogro em salvaguardar direitos "resultou em mudanças combinadas com preocupações em relação aos direitos dos indivíduos" e à gênese da imunidade relativa. (DIXON, 2007, p. 179)

5 Conclusões

As experiências nas cortes locais no transcurso do século XIX sedimentaram a exceção ao princípio da territorialidade representada pela imunidade absoluta de jurisdição e prestaram uma garantia jurisprudencial às nações que se viam em litígios em relação aos quais não havia ainda sido criada norma específica.

O julgamento do caso *Schooner Exchange v. MacFaddon* estabeleceu as premissas desta transição entre soberania e imunidade estatal. Para tanto, o raciocínio de Marshall seguiu alguns pontos fulcrais, dos quais podem ser destacados o brocardo latino *par in parem non habet judicium*, a coexistência pacífica entre os Estados, a ideia de Vattel sobre um Estado de Natureza entre as nações, ou seja, que dentre os iguais não poderia e tampouco deveria haver hierarquia e, por fim, a Constituição dos EUA e o ambiente norte-americano à época.

O liame entre a imunidade jurisdicional dos Estados e a soberania foi uma construção feita em conjunto por contratualistas, internacionalistas e cortes domésticas. Sobretudo o exercício da Suprema Corte Americana, pelas mãos do juiz Marshall, no reconhecimento da experiência jusfilosófica nessa seara, conceberam e consolidaram os arrazoados de Vattel em que soberania requer igualdade, dignidade e independência entre os Estados e, mais que isso, que a igualdade denota cortesia entre as nações. Dito de outro modo, entre iguais deve haver apenas consenso, nunca sujeição.

6 Referências bibliográficas

BANKAS, Ernest K. **The State Immunity Controversy In International Law**. Springer Berlin, Heidelberg 2005.

BOBBIO, Norberto. **A Teoria das Formas de Governo**. Editora Universidade de Brasília, 10ª Edição, 2001.

COSTA, Pietro. **Soberania, Representação, Democracia:** ensaio sobre história do Pensamento Jurídico. Curitiba: Juruá, 2010.

DIXON, Martin. **Textbook on International Law**. Sixth Edition. New York: Oxford University Press, 2007.

DUGUIT, Léon. **Fundamentos do Direito.** Tradução de Márcio Pugliesi. Martin Claret. São Paulo, 2009.

_____.**Souveraneité et Liberté**. Paris : Librairie Félix Alcan, 1922.

GROSSI, Paolo. **A History of European Law**. Tradução de Laurence Hooper. West Sussex: Wiley-Blackwell, 2010.

HELLER, Hermann. **La Soberanía**: Contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho internacional. Ciudad de México: La Fundación, Escuela Nacional de Jurisprudencia, 1995.

_____. **Teoria do Estado**. Tradução de Lycurgo Gomes da Motta. São Paulo: Mestre Jou, 1968.

HIGGINS, Rosalyn. Certain Unresolved Aspects of the Law of State Immunity. **Netherlands International Law Review**, 29, 1982.

HOBBES, Thomas. O **Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado eclesiástico e civil.** Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Abril Cultural, 1974.

KAPLAN, Morton A.; KATZENBACH, Nicholas de B. **Fundamentos Políticos do Direito Internacional.** Tradução de Sigrid Faulhaber Godolphim e Waldir da Costa Godolphim. Rio de Janeiro: Zahar, 1964.

SORENSEN, Max. **Manual de Derecho Internacional Público**. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 1973.

TOUSCOZ, Jean. **Direito Internacional**. Mira-Sintra: Publicações Europa-América, 1993.

Jurisprudência

Schooner Exchange v. McFaddon (1812)
Parlement Belge (1879)

A POSSIBILIDADE JURÍDICA DA TRANSMISSÃO DE BENS DIGITAIS "CAUSA MORTIS" EM RELAÇÃO AOS DIREITOS PERSONALÍSSIMOS DO "DE CUJUS"

Naiara Czarnobai Augusto[*]
Rafael Niebuhr Maia de Oliveira[*]

Palavras-chave: Bens digitais. Direito de herança. Direitos de personalidade.

Resumo: Objetiva-se abordar a possibilidade jurídica da transmissão de bens digitais "causa mortis" em relação aos direitos personalíssimos do "de cujus", que poderiam ser violados com a divulgação de suas informações armazenadas em meio eletrônico. Para obtenção da resposta ao problema apresentado, busca-se primeiramente estabelecer o conceito de bens digitais e se estes podem ser classificados como incorpóreos, bem como as implicâncias jurídicas do pleito dos eventuais herdeiros de terem acesso irrestrito aos arquivos mantidos pelo falecido. Na sequência aborda-se a natureza jurídica, modalidades e a extensão temporal dos direitos de personalidade, questionando-se se estes podem ser defendidos pelo Estado, ainda que após a morte da pessoa, e mesmo que contra a vontade de seus herdeiros. Por fim, estabelece-se quais regras hermenêuticas devem ser utilizadas para interpretar este choque de princípios constitucionais, definindo qual deve preponderar no caso em análise. Através da pesquisa doutrinária e do método indutivo, operacionalizado com as técnicas do referente, das categorias, dos conceitos operacionais e da pesquisa de fontes documentais, constatou-se que apesar de o tema não ter sido enfrentado objetivamente pelos tribunais pátrios, nem tampouco haver previsão legal expressa – embora existam projetos de lei sobre o assunto –, a análise detida dos princípios e a preponderância daquele de maior valor deve orientar o posicionamento a ser firmado sobre a matéria, e em tese, no choque em questão, a personalidade do "de cujus" quando inconciliável om o direito de herança, deve merecer maior atenção em relação a esta.

[*] Bacharel em Direito pela Universidade do Sul de Santa Catarina – Unisul e Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade do Vale do Itajaí – Univali; Assessora de Gabinete no Centro de Apoio Operacional de Informações Técnicas e Pesquisas no Ministério Público de Santa Catarina. Currículo: http://lattes.cnpq.br/8143276738022540.
[*] Bacharel em Direito pela Unifebe – Brusque/SC; Especialista pela Uniderp; Professor das Disciplinas de Direito das Obrigações, Responsabilidade Civil e Criminologia do IBES/Sociesc – Blumenau - SC; Professor das Disciplinas de Direito Processual Civil III e IV e Direito Constitucional II da Unifebe – Brusque/SC. Professor de Pós-Graduação (MBA) junto ao Instituto Valor Humano/Univali das Disciplinas de Contratos Imobiliários e Contratos Agrários. Currículo: http://lattes.cnpq.br/9285964965375059.

Keywords: Digital goods. Inheritance law. Personality rights.

Abstract: This article discusses the legal possibility of transmiting digital goods "causa mortis" in the light of the "de cujus" personal rights perspective, in relation to the personal rights of the "deceased", which could be invaded with the disclosure of your information stored in electronic media. To obtain the answer to the problem presented, the aim is to first establish the concept of digital assets and if these can be classified as intangible, as well as the legal implications of the election of any heirs to have unrestricted access to the files maintained by the deceased. Following deals with the legal nature, modalities and the temporal extension of personality rights, questioning whether these can be defended by the State, even after the death of the person, and yet, even if against the wishes of his heirs. Finally, it establishes which hermeneutics rules should be used to interpret this clash of constitutional principles, defining what must preponderate in the present case. Through the doctrinal research and the inductive method, operated with the techniques of the referent, the categories, the operational concepts and research of documentary sources, it was noted that although the theme has not been faced objectively patriots courts, nor be express legal provision – although there are bills on the subject– the analysis held that principles and the preponderance of greater value should guide the positioning to be signed on the subject, and in theory, the shock in question, the personality of the "de cujus" when irreconcilable with the inheritance law, should deserve most attention in relation to this.

1 Introdução

Constituiu-se como objeto deste artigo científico a pesquisa no direito brasileiro acerca dos bens imateriais, abordando a sua proteção e a possibilidade de transferência através da herança, mais especificamente os bens digitais, investigando na sequência a temporariedade dos direitos individuais, concluindo qual seu termo inicial, e

principalmente, seu termo final, verificando-se se a morte biológica faz cessar a proteção estatal sobre os direitos individuais daquela pessoa, para finalmente verificar junto a doutrina e jurisprudência nacional, de que forma vem se tratando este tema, e como deve o magistrado decidir quando se deparar com esse choque de princípios constitucionais.

A justificativa para o desenvolvimento desta pesquisa se encontra no fato de que o direito, como se sabe, não move suas correntes na mesma velocidade que a sociedade, a qual através dos avanços tecnológicos, muda o seu comportamento, costumes, consumo, sem que o direito positivo esteja preparado para tanto. Com isto, mudou-se também a forma de se armazenar riqueza que, antes acessível à mão, hoje se encontra cada vez mais no espectro virtual das chamadas "nuvens" de armazenamento digital. Muito embora não haja previsão legal, o direito deve solucionar conflitos que já começam a surgir acerca da disputa de propriedade sobre estes bens, e que no presente estudo, concentra-se sobre o direito de transmissão desta propriedade aos herdeiros. Contudo, o armazenamento de arquivos não se resume a bens digitais valiosos, mas também a informações sigilosas e/ou confidenciais do "de cujus", cuja revelação pode acarretar ofensa a seus direitos individuais, bem como de eventuais terceiros envolvidos. Surge então o interesse e a relevância da pesquisa que se passa a relatar nas linhas que seguem.

A presente pesquisa se origina de três problemas, quais sejam: a) Os arquivos digitais podem ser considerados bens passíveis de transferência "causa mortis"? b) Os direitos morais do "de cujus" permanecem intactos mesmo após a sua morte? c) Qual solução deve ser aplicada nos casos onde não haja declaração de ultima vontade do "de cujus" acerca de seus ativos digitais? Para os quais, propuseram-se, respectivamente, as seguintes hipóteses: a) Os bens imateriais são protegidos pela legislação constitucional e civil brasileira, não havendo motivos para se distinguir os arquivos digitais, dos demais bens incorpóreos, que embora não palpáveis, agregam valor ao patrimônio de seus proprietários, razão pela qual se torna possível a sua transmissão aos herdeiros, após a morte de seu titular. b) A dignidade humana deve transcender o aspecto biológico de sua existência, de forma que os direitos individuais e humanos devem ser garantidos mesmo antes do nascimento e até mesmo com o óbito de cada indivíduo. c) Em se tratando de choque de princípios fundamentais, dificilmente se encontrará simples decisões, de forma que ao que parece, no choque entre direitos patrimoniais e morais, tende-se a crer que a

preservação da intimidade do "de cujus" deva prevalecer ao direito patrimonial de seus herdeiros, não excluindo-se, obviamente, a apreciação específica de cada caso concreto.

Para se atingir os objetivos perseguidos, inicialmente, será estabelecido o conceito de bens incorpóreos, para que se verifique se os bens digitais podem ser entendidos como subespécies desses e na sequência, se estes bens podem ser transferidos por herança. Na sequência, buscar-se-á a conceituação dos direitos morais e de privacidade do “de cujus”, sendo para tanto necessária o estabelecimento do termo “ad quem” da tutela destes direitos, em relação a morte do cidadão.

Por fim, examinando o conflito entre os princípios constitucionais do direito de herança e o direito de privacidade, examinar-se-á qual deve ser a presunção aplicada em caso de ausência de disposição de última vontade do “de cujus” quanto a seus arquivos digitais.

No desenvolvimento desta pesquisa será utilizado o método indutivo, ou seja, pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral.

Na investigação, far-se-á uso da técnica do referente, das categorias e do conceito operacional, através de pesquisa doutrinária, cujas referências das obras citadas serão colacionadas ao final. Por opção metodológica, tratar-se-á primordialmente dos aspectos destacados da doutrina civil e constitucional nacional, relacionada ao tema abordado, com breves e esporádicas análises legais sobre o tema. Os pressupostos conceituais serão trazidos ao decorrer do desenvolvimento da presente pesquisa, através de notas de rodapé, assim como as referências ao longo do texto.

2 Arquivos digitais enquanto bens incorpóreos

Para dar início à presente pesquisa, é imprescindível que se apresente o conceito de bens incorpóreos, bem como de arquivos digitais, para que na sequência se possa delinear se os segundos podem ser incluídos como espécies dos primeiros.

Dessa forma, tem-se que os bens são elementos basilares do estado democrático brasileiro, vez que são a perfectibilização do direito à propriedade cravado na Carta Magna,

junto ao seu art. 5º[1] como uma de suas cláusulas pétreas. E como tal, merecem proteção destacada do Estado, como garantia de manutenção da ordem socioeconômica liberal.

O Código Civil, por sua vez, destaca um livro - Livro II - exclusivo para disciplinar a matéria, que encontra guarida entre os artigos 79 a 103 da referida lei, onde o legislador muito embora classifique as modalidades de bens e defina algumas regras básicas, deixa de fixar um conceito para o tratado signo.

Diante da ausência de definição legal, busca-se auxílio nas lições de França (1996, p. 79) que define bem como "a coisa que constitui ou pode constituir objeto de um direito", Beviláquia (1856, p. 209) ao seu turno, assevera que estes "constituem a parte positiva do patrimônio". Por fim, Monteiro e Pinto (2012, p. 198) destacam que "bens são valores materiais ou imateriais que podem ser objeto de uma relação de direito".

Assim, como se verifica da doutrina examinada, bem pode ser definido, de maneira geral, como todo e qualquer aspecto positivo que integre do patrimônio de uma pessoa. É certo, ainda, que os bens são gênero do qual se encontram diversas espécies, a maioria dela citadas nos três capítulos e suas seções do Livro II do Código Civil, que tratam especificamente dos bens imóveis, móveis, fungíveis ou consumíveis, divisíveis, singulares ou coletivos, reciprocamente consideráveis ou públicos.

Todavia, ainda que o legislador tenha demonstrado a sua preocupação em dividir as especificidades de bens existentes no direito privado brasileiro, este não logrou êxito – se é que esta foi sua intenção – de esgotar as possibilidades de modalidades de bens que permeiam as relações jurídicas. Isto se nota, por exemplo quando da ausência de menção aos chamados bens incorpóreos, que por definição não podem nem serem considerados imóveis, por não preencherem o disposto no art. 79 do Código Civil[2], tampouco móveis, uma vez que não podem ser movidos conforme definição do art. 82[3] do mesmo Código, e sequer se encaixarem no rol de bens equiparados aos móveis, descrito no artigo seguinte – posto que nem todo bem incorpóreo será uma forma de energia, conforme prevê o inc. I do art. 83-.

[1] Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
[2] Art. 79. São bens imóveis o solo e tudo quanto se lhe incorporar natural ou artificialmente.
[3] Art. 82. São móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social.

Em que pese o silêncio injustificado do legislador, eis que se está diante de uma legislação completamente reformada no ano de 2002, quando os bens incorpóreos já eram pacificamente aceitos no direito privado nacional, esta modalidade de bem não carece de aceitação jurídica, tanto na doutrina quanto nos tribunais.

Ainda, importante frisar que embora esta espécie de bem não encontre guarida expressa no texto expresso do Código Civil, o mesmo não ocorre em legislações esparsas, inclusive anteriores a atual edição do código, que preveem claramente subespécies de direitos incorpóreos, como ocorre, por exemplo, na Lei n. 9.610/1998 que trata dos direitos autorais

Quanto à aceitação dos tribunais também não se pode considerar sequer uma celeuma, ante a vasta aplicação e serena aplicação do direito a casos concretos que envolvam este tipo de bem, como se exemplifica pelo REsp n. 420303[4] julgado em 6 de junho de 2002 pela quarta turma do Superior Tribunal de Justiça, sob relatoria do ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, onde se aceitou sem maiores discussões a penhora de um bem incorpóreo.

No que tange a doutrina, colhe-se de Nader (2011, p. 262) que tratando das várias subespécies de bens incorpóreos "todos são objetos de direitos subjetivos, mas apenas o que apresentam suporte corpóreo se enquadram na tipologia da parte geral".

Quanto à definição desta espécie, Monteiro e Pinto (2012, p. 192) asseveram que os bens incorpóreos são aqueles que, "embora de existência abstrata ou ideal, são reconhecidos pela ordem jurídica, tendo para o homem valor econômico". Já, França (1996, p. 98), tratando como bens imateriais – que pode ser considerado sinônimo para bens incorpóreos – assevera que estes "são objetos de direitos quando apresentam pelo menos um interesse moral".

Vencida a temática acerca da existência e validade jurídica dos bens incorpóreos, resta a esta pesquisa a definição de bens digitais, que são conceituados por Santos (2014)

[4] PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO. TERMO DE PENHORA. ASSINATURA. REQUISITO INDISPENSÁVEL. PENHORA DE BENS INCORPÓREOS. IRRELEVÂNCIA. ART. 665, CPC. RECURSO DESACOLHIDO. I - Nos termos do art. 665-IV, CPC, é requisito indispensável do auto de penhora a nomeação do depositário do bem, assim como a assinatura no termo, independentemente da natureza do bem penhorado. II - A regular penhora antecede à intimação para apresentação dos embargos. III - Segundo antigo brocardo latino, ubi lex non distinguit nec interpres distinguere debet (STJ - REsp: 420303 SP 2002/0031425-0, Relator: Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Data de Julgamento: 06/06/2002, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 12.08.2002 p. 223).

como sendo "uma espécie de ***software*** de computador que, como qualquer outro, é transmitido de uma máquina para outra na forma de fluxos de elétrons, denominados ***bits***. Cada conjunto de oito ***bits*** forma um ***byte"***

Gandidi, et al. (2002) por sua vez conceituam o documento eletrônico como aquele "que se encontra memorizado em forma digital, não perceptível para os seres humanos senão mediante intermediação de um computador. Nada mais é do que uma sequência de *bits*, que por meio de um programa computacional, mostrar-nos-á um fato".

Pelo que se pode denotar do supra exposto, os arquivos digitais se encaixam à perfeição como subespécies de bens incorpóreos, segundo a definição deste signo, recém apresentada, razão que leva a conclusão lógica da possibilidade de sua proteção no âmbito do direito privado nacional.

Assim, ante a sua crescente utilização, os tribunais não perderam tempo em adaptar a sua jurisprudência, dando a este modo de armazenamento de arquivos o mesmo tratamento dispensado aos documentos físicos. É o que se percebe, por exemplo, no julgamento do Agravo de Instrumento n. 8858911, de relatoria do desembargador Victor Martim Batschke, prolatado em 3 de julho de 2002 na 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná[5], que manteve decisão do magistrado "a quo" que determinou medida cautelar de busca e apreensão de arquivos digitais.

Em outro caso, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo[6], embora tenha reformado a decisão atacada, levou em consideração a perda de arquivos digitais contendo

[5] AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSO CIVIL. EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. DISPONIBILIDADE DOS ARQUIVOS DIGITAIS DE DADOS CADASTRAIS. INFORMAÇÕES DO SERVIÇO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO (SCPC/SEPROC). TUTELA ANTECIPADA PARA O FORNECIMENTO DOS DADOS EM MÍDIA DIGITAL NO PRAZO DE 48:00 HORAS. ESTIPULAÇÃO DE MULTA DIÁRIA PARA A HIPÓTESE DE DESCUMPRIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº. 372 DO STJ. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1 Nos termos da Súmula 372 do Superior Tribunal de Justiça, na ação de exibição de documentos, não cabe à aplicação de multa cominatória. 2 Conforme entendimentos que ensejaram a Sumula 372, a busca e apreensão é a medida cabível para efetivar a exibição dos documentos, caso não seja atendida a ordem judicial. 3 As multas previstas no artigo 461 do Código de Processo Civil são destinadas às ações cominatórias de obrigação de fazer e não fazer, não se alcançando, pois, a cautelar de exibição de documentos. (TJ-PR - AI: 8858911 PR 885891-1 (Acórdão), Relator: Victor Martim Batschke, Data de Julgamento: 03/07/2012, 6ª Câmara Cível)

[6] PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. FOTOS ARQUIVADAS EM CARTÃO DE MEMÓRIA DE CÂMERA FOTOGRÁFICA DIGITAL. GRAVAÇÃO EM CD (COMPACT DISC). ALEGAÇÃO DE QUE O ARQUIVO DE FOTOS FOI INDEVIDAMENTE APAGADO DO CARTÃO DE MEMÓRIA DURANTE A REALIZAÇÃO DE TAL SERVIÇO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. Legitimidade do proprietário das fotos para figurar no polo ativo da demanda indenizatória. Prova testemunhal produzida nos autos que corrobora a alegação da ré de que o cartão de memória foi devolvido, ao autor, intacto com todos os arquivos. Ausência de prova de ter a ré praticado ato ilícito, que ensejasse a obrigação de indenizar. Recurso provido. (TJ-SP - APL: 9181082302008826 SP 9181082-30.2008.8.26.0000, Relator: Gilberto Leme, Data de Julgamento: 15/05/2012, 27ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 18/05/2012).

fotografias dos autores como motivo para atrair ao réu o dever indenizar pelos danos morais sofridos pelos primeiros, conforme se verifica do julgamento da Apelação Cível n. 9181082302008826, de relatoria do desembargador Gilberto Leme, proferido em 15 de maio de 2012 pela 27ª Câmara de Direito Privado.

Não se pode esquecer do emblemático precedente datado do ano de 1998, no qual, muito embora versando sobre matéria tributária, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob relatoria do ministro Sepúlveda Pertence no julgamento do Recurso Extraordinário n. 176626-3/SP[7], diferenciou os *softwares* em bens ou serviços dependendo da escala de sua produção, de modo que em sendo produzido para atender uma demanda específica, seriam considerados serviços, ao passo que em sendo produzidos em larga escala, equiparar-se-iam aos bens corpóreos, do que chamou de "*software* de prateleira", atendimento que persiste até hoje na jurisprudência nacional.

Diante do que se observa, os arquivos digitais, que cada vez mais fazem parte do cotidiano das pessoas, independem de maior regulamentação específica para serem admitidos no direito brasileiro, eis que encontram guarida como subespécies dos bens incorpóreos, e como tal devem receber a exata proteção que estes recebem, podendo ser objeto de negociação entre as pessoas e de defesa do Estado, quanto a ataque internos, pelo que se confirma a hipótese anteriormente apresentada.

3 Possibilidade de transferência de arquivos digitais "causa mortis"

[7] Programa de computador ("software"): tratamento tributário: distinção necessária. Não tendo por objeto uma mercadoria, mas um bem incorpóreo, sobre as operações de "licenciamento ou cessão do direito de uso de programas de computador" – matéria exclusiva da lide –, efetivamente não podem os Estados instituir ICMS: dessa impossibilidade, entretanto, não resulta que, de logo, se esteja também a subtrair do campo constitucional de incidência do ICMS a circulação de cópias ou exemplares dos programas de computador produzidos em série e comercializados no varejo – como a do chamado 'software de prateleira' (off the shelf) – os quais, materializando o corpus mechanicum da criação intelectual do programa, constituem mercadorias postas no comércio (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão em Recurso Extraordinário n. RE-176626-3-SP. Min. Rel. Sepúlveda Pertence. DJU. 11/12/98.).

Em princípio, Venosa (2003, p. 313) remete à ideia de que "como o direito subjetivo é poder outorgado a um titular, requer, portanto, um objeto", que é "a base material sobre a qual se assenta o direito subjetivo, desenvolvendo o poder de fruição da pessoa, com o contato das coisas que nos cercam no mundo exterior".

Nesse contexto, tudo o que pode proporcionar alguma utilidade deve ser considerado bem, que, no campo jurídico, é aquilo que possui valor. O Código Italiano, em seu art. 810, estabelece que "são bens todas as coisas que podem formar objetos jurídicos" (VENOSA, 2003, p. 314).

Ao longo da sua vida a pessoa acumula bens das mais diversas espécies que constituem todo o seu patrimônio, aqui não conceituado exclusivamente no que se refere ao seu suposto valor econômico. Com a morte, defere a lei a transferência de todo este acervo aos herdeiros legítimos e testamentários, consoante disposto no art. 1.784 do Código Civil (BRASIL, 2012).

O direito sucessório, constituído na possibilidade de transferir bens "causa mortis" é um dos corolários do direito de propriedade, para que esta justamente não fique despida do seu caráter de perpetuidade. Radbrutch, citado por Diniz (2009, p. 6), assevera que "o direito sucessório assenta na ideia de uma hipotética harmonia preestabelecida entre o interesse individual e o interesse social, à semelhança do que ocorre com o direito de propriedade".

Ainda, juridicamente, a sucessão indica o fato de uma pessoa inserir-se na titularidade de uma relação que lhe advém de uma outra pessoa (PEREIRA, 2009, p. 7). Para o presente estudo interessa a sucessão em sentido estrito, segundo a qual se transfere a outrem os direitos e obrigações de pessoa falecida. Isto é, transmite-se, com a morte, toda a universalidade de bens do "de cujus", consoante o princípio da *saisine*.

Discordando, em parte, sobre o princípio da patrimonialidade, segundo o qual a herança se reveste apenas dos bens que interessam à sucessão devido ao seu valor patrimonial, Diniz (2002, p. 23) assevera que o que se transfere "é aquilo que o 'de cujus' era titular, bem como as dívidas do falecido, as pretensões e ações contra ele, porque a herança compreende o ativo e o passivo; logo não é só a propriedade, no sentido estrito, que é transmitida aos herdeiros", mas inclusive todos "os direitos, pretensões, ações, exceções de que era titular o defunto, se transmissíveis".

Nesse sentido, Rodrigues (2009, p. 216) ressalta que a herança é um bem coletivo e universal, e defere-se como um todo e se mantem indiviso até que seja perfectibilizada a partilha, de modo que não importa quantos são os herdeiros, nem quais bens integram este acervo. Em outras palavras, essa transmissão autoriza que tudo o que pertencia ao falecido, ativa e passivamente, é integralmente repassado aos seus herdeiros legítimos ou testamentários.

Ancorando-se neste raciocínio doutrinário poder-se-ia presumir que todo o conjunto de bens transmite-se aos herdeiros, nele incluídos todos os bens classificáveis, pois certo é que o objeto da sucessão causa mortis é a herança, dada a mutação subjetiva do patrimônio do "de cujus".

Entretanto, há que se ressalvar que nem todos os direitos e todas as obrigações do autor da herança são transmissíveis, seja em razão do seu caráter personalíssimo, encerrados com o óbito – como o poder familiar, a tutela, a curatela e os direitos políticos –, seja em função de serem bens e direitos patrimoniais de natureza obrigacional infungível. Bittar (1989, p. 13), a seu tempo, assevera que alguns direitos de personalidade da pessoa são transmissíveis após a morte, citando como exemplo os direitos patrimoniais do autor sobre sua obra literária, bem esse inserido na esfera dos incorpóreos.

Imbuído nessa perspectiva, Venosa (2003, p. 21) assevera que a herança necessariamente é absorvida pelo conceito de patrimônio, que é o conjunto de direitos reais e obrigacionais, ativos e passivos, pertencentes a uma pessoa. Segundo o autor, o patrimônio transmissível possui bens materiais e imateriais, mas sempre coisas avaliáveis economicamente, e não se confundem com os direitos personalíssimos extintos com a morte. Isto acontece porque o herdeiro não é representante do "de cujus", pois sucede os seus bens e não a sua pessoa, assumindo apenas a titularidade das relações jurídicas patrimoniais do falecido.

Logo, concatenando as disposições doutrinárias sobre a matéria, de transmissão por herança se pode entender tudo aquilo que representar patrimônio para a pessoa, e considerando a definição de Monteiro e Pinto (2012, p. 198), anteriormente destacada, no sentido de que bens incorpóreos têm reconhecido valor econômico para o contexto jurídico, há que se definir pela possibilidade de transferência de arquivos digitais do "de cujus" a seus herdeiros.

Isso é possível porque o avanço tecnológico interfere não só na vida dos indivíduos mas também na evolução do dinamismo jurídico em razão das novas relações decorrentes da modernização dos acontecimentos através da informática e da viabilização de fácil acesso à rede mundial de computadores. Negócios jurídicos podem ser perfectibilizados pela *internet* entre pessoas de nacionalidades distintas, transações bancárias realizadas sem contato físico, os livros deixaram de ser expostos nas estantes de livrarias para abarrotarem as pastas de acervo digital, as fotografias antes distribuídas em álbuns físicos hoje são separadas e classificadas em arquivos de computadores, estão espalhadas pelos celulares, *tablets* e podem ser editadas ou excluídas com facilidade. Assim como acontece com as músicas, distribuídas em todos os dispositivos de mp3, *pen drives* e *HDs* para armazenamento de dados de computadores.

Atualmente há o compartilhamento de mídias que provocam a necessidade de os tribunais avaliarem o direito consumerista e a aplicabilidade nessas situações, sobretudo quando envolvem os direitos autorais da transmissão desses arquivos, muitos dos quais, inclusive, são adquiridos através do pagamento de preço estabelecido pelo fornecedor. Além disso, há outras formas de contratação via *internet* e cujos termos digitalmente estabelecidos conferem solidez à instrução probatória, consoante entendimento manifestado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo[8]. Tudo pode ser encontrado no mundo virtual, perfazendo o patrimônio digital da pessoa. E por que não se objetivar a transmissão desses bens via sucessão "causa mortis"?

Empresas como o Google consideraram essas implicâncias da expansão de armazenamento de arquivos digitais com segurança na rede mundial de computadores, bem como a necessidade de se prever disposições de última vontade quanto ao conteúdo armazenado em contas de *e-mail*, e partir dessa preocupação disponibilizaram a seus usuários serviços como a Gestão de Contas Inativas e o Testamento Virtual, por meio dos quais se podem indicar até 10 pessoas para acessarem o material após um

[8] AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE EXECUÇÃO. DETERMINAÇÃO DE APRESENTAÇÃO DOS DOCUMENTOS ORIGINAIS OU AUTENTICADOS. DESNECESSIDADE. RECURSO PROVIDO. 1. Ausência de requisito legal que condicione a apresentação do original, ou cópia autenticada, do contrato que baseia a ação executiva. 2. Cédula de Crédito Bancário que traz na lateral a anotação de registro de documento eletrônico, no Io Registro de Títulos e Documentos de Maceió/AL. Presunção relativa de veracidade, passível de impugnação pela parte interessada. Aplicação do disposto no artigo 365, VI, do Código de Processo Civil 3. Decisão reformada. 4. Recurso provido. (Relator(a): Alexandre Lazzarini; Comarca: Sorocaba; Órgão julgador: 18ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 24/08/2011; Data de registro: 22/09/2011)

determinado período de inatividade, com isso permitindo visualização de imagens, mídias e arquivos armazenados em nuvem. Do mesmo modo, o usuário pode programar a desativação automática da sua conta em caso de falecimento, com isso excluindo definitivamente da rede qualquer resquícios de suas atividades desempenhadas no mundo virtual[9].

No ordenamento jurídico pátrio não há óbice para se permitir a transferência de arquivos digitais como patrimônio, sobretudo quando advindos de relações jurídicas com valor econômico. A possibilidade de se incluir esse conteúdo no acervo hereditário viabiliza, inclusive, que seja transmitido o acervo cultural do falecido aos seus herdeiros, como forma de materializar a continuidade do saber e preservar a identidade de um determinado sujeito dentro do seu contexto social.

Versando sobre a matéria, o Projeto de Lei n. 4099/2012, apresentado pelo Deputado Jorginho Mello, objetiva seja acrescentado ao Código Civil um parágrafo único ao art. 1.788, dispondo que "serão transmitidos aos herdeiros todos os conteúdos de contas ou arquivos digitais de titularidade do autor da herança". E como justificativa para tanto, o referido parlamentar argumenta que chegam aos tribunais pátrios situações em que "as famílias de pessoas falecidas desejam obter acesso a arquivos ou contas armazenas em serviços de *internet* e as soluções tem sido muito díspares, gerando tratamento diferenciado e muitas vezes injustos em situações assemelhadas".

Mais específico é o PL n. 4847/2012, do Deputado Marçal Filho, que pretende a inclusão do Capítulo II – A e os arts. 1.797 – A a 1.797 – C no Código Civil, disciplinando que a herança digital "defere-se como o conteúdo intangível do falecido, tudo o que é possível guardar ou acumular em espaço virtual nas condições seguintes: senhas, redes sociais, contas da Internet, qualquer vem e serviço virtual de titularidade do falecido", cabendo aos herdeiros a possibilidade de apagar os respectivos dados ou a totalidade das contas, e ainda transformá-las em memorial.

[9] O que deve acontecer com suas fotos, e-mails e documentos quando você para de usar sua conta? O Google coloca você no controle. Você pode querer que seus dados sejam compartilhados com um amigo ou familiar confiável, ou pode querer que sua conta seja completamente excluída. Há muitas situações que podem impedi-lo de acessar ou usar sua conta do Google. Seja qual for a razão, damos a você a opção de decidir o que acontece com seus dados. Ao usar o Gerenciador de contas inativas, você pode decidir se e quando sua conta deve ser tratada como inativa, o que deve acontecer com seus dados e quem deve ser notificado. (Conteúdo disponível em: < https://www.google.com/settings/account/inactive>. Acesso em: 13 mar. 2015.)

Essa última proposta de mudança legislativa merece um pouco mais de cuidado, porém, visto que interfere sobremaneira nas relações contratuais estabelecidas entre o falecido usuário dos provedores e as plataformas de redes sociais, além de conferir acesso amplo e irrestrito a todo o material armazenado e acessível exclusivamente através de senhas, visto que tal medida poderá ferir a intimidade e a privacidade do "de cujus" e terceiros envolvidos, além de obrigar o registro de testamentos específicos para proibir tal prática.

De todo o modo, apesar dos esforços da iniciativa legislativa, não há como se ignorar que o direito precisa evoluir conforme as transmutações do comportamento dos indivíduos que compõem a respectiva sociedade. Nesse viés, vislumbra-se não só a necessidade de o legislador inovar para poder garantir a estabilidade e segurança jurídicas, mas também de incluir a hipótese de apreciação pelo judiciário de questões controvertidas a respeito da classificação de quais tipos de bens que compõem o acervo digital poderiam ser transmitidos por herança.

A dúvida se faz pertinente porque há indistintamente arquivos suscetíveis de apreciação econômica, como mídias, músicas, filmes, blogs, sites, que representavam um conteúdo patrimonial para o "de cujos" e certamente deveriam ser transmitidos pela herança por simplesmente serem classificados como bens incorpóreos, consoante já explanado. De outro vértice, há outros materiais digitais que não representam nada além de expressão afetiva, que se não for alvo de disposição de última vontade do falecido, não poderão ser invadidos, sequer sob ordem judicial, sob pena de afronta ao princípio da privacidade consagrado na Constituição Federal, e cuja ilicitude configura violação da honra objetiva, passível de indenização.

4 Direitos de personalidade e de privacidade do "de cujus"

Em se tendo definindo a conceituação e classificação dos bens digitais como subespécies de bens incorpóreos, e assim, definindo-se a possibilidade de jurídica de sua transmissão pela via da "causa mortis", mister para a análise que se propõe no presente

artigo a discussão acerca da personalidade jurídica do "de cujus" no que tange à sua proteção mesmo após o óbito.

E neste contexto, Bittar (1989, p. 7-10), ao se definir como naturalista, em oposição a teoria positivista que considera como direitos de personalidade aqueles assim arrolados pelo Estado, conceitua o direito de personalidade como direitos inatos, que devem ser tutelados independentemente de estarem previstos em rol estabelecido positivamente, devendo portanto serem tutelados pelo Estado contra o arbítrio do poder público ou às incursões particulares, caracterizando-os por fim, como direitos próprios da pessoa em si e aqueles referentes às suas projeções par ao mundo exterior.

Silva cita Pontes de Miranda (2003, p. 14) para rechaçar o argumento do autor acima citado, replicando o trecho onde este afirma que os direitos de personalidades não são de fonte sobrenatural, mas sim decorrentes de sistemas jurídicos positivados pelo homem. O mesmo autor (SILVA, 2003, p. 7), então, conceitua os direitos de personalidade, aos que dá o sinônimo de direitos personalíssimos como "direitos que integram a própria noção de pessoa, como a vida, a honra, a integridade física, a imagem, a privacidade, etc".

Ao menos para o que se pretende na presente pesquisa, a celeuma entre naturalistas e positivistas não mostra relevância, eis que os direitos de personalidade aqui perseguidos, imagem, honra e intimidade, encontram menção expressa no ordenamento jurídico nacional, sendo inclusive gravados como garantias fundamentais do cidadão, junto ao inc. XX do art. 5º da Constituição Federal (BRASIL, 1988) que disciplina que "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação".

Quanto ao direito à intimidade, Bittar (1989, p. 103) esclarece que muito embora alguns vejam a intimidade como gênero de outros direitos que lhe seriam espécies, como honra e a imagem, este ao seu ver, deve ser visto de forma autônoma. Acerca de sua conceituação, então, Silva (2003, p. 41) estabelece uma compreensão social deste direito, assim o conceitua:

> fenômeno sócio-psíquico, em que os valores vigentes em cada época e lugar exercem influência significativa sobre o indivíduo que em razão desses mesmos valores sente a necessidade de resguardar do conhecimento das outras pessoas aspectos mais particulares da sua vida.

Bittar (p. 103), ainda que escrevendo no ano de 1989 já se manifestava em relação à crescente importância de defesa deste direito personalíssimo, fundamentando esta preocupação na "contínua expansão das técnicas de comunicação, como defesa natural do homem contra as investidas tecnológicas e a ampliação, com a necessidade de locomoção, do círculo relacional do homem, obrigando-o a exposição permanente perante públicos os mais distintos [...]".

A honra, por sua vez, além de previsão constitucional, possui ainda proteção internacional no âmbito dos direitos humanos, mais especificamente no art. 11 do Pacto de São José da Costa Rica (BRASIL, 1992), ratificado no Brasil pelo Decreto n. 678/92, e assim dispõe: "toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade".

No texto infraconstitucional interno, a honra também recebe proteção expressa, tanto na esfera penal, junto ao Capítulo V do Título I da Parte Especial do Código Penal, que trata especificamente dos crimes contra a honra, quanto no âmbito civil, conforme texto do art. 20 do Código Civil[10].

Nesse sentido, Farias e Rosenvald (2008, p. 149) definem a honra como "soma dos conceitos positivos que cada pessoa goza na vida em sociedade". Já Bittar (1989, p. 125) aduz que "inerente à natureza humana e no mais profundo do seu interior (o reduto da dignidade), a honra acompanha a pessoa desde o nascimento, por toda a vida e mesmo depois da morte [...]".

Diferenciando o direito à honra do direito à intimidade, abordado anteriormente, Silva (2003, p. 85) explica que no que tange à honra, visa-se a proteção do seu prestígio social, com a divulgação de falsas imputações ou fatos desabonadores, ao passo que na intimidade busca-se a proteção da exposição desnecessária do cidadão, ainda que fundada em fatos reais.

Por fim, o direito à imagem é definido por Durval (1988, p.105) como "a projeção da personalidade física (traços fisionômicos, corpo, atitudes, gestos, sorrisos, indumentárias, etc.) ou moral (aura, fama, reputação, etc.) do indivíduo (homens,

[10] Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se destinarem a fins comerciais.

mulheres, crianças ou bebê) no mundo exterior". Bittar (1989, p. 87), por seu turno, trata do direito a imagem como aquele "que a pessoa tem sobre a sua forma plástica e respectivos componentes distintos (rosto, olhos, perfil, busto, etc.) que a individualizam no seio da coletividade."

Comparando este direito aos demais direitos de personalidade, Bittar (1989, p. 90) explica:

> Na divulgação da imagem, é vedada qualquer ação que importe em lesão à honra, à reputação, ao decoro (ou a chamada "imagem moral" ou "conceitual"), à intimidade ou a outros valores da pessoa (uso torpe), verificando-se, nesse caso, atentado contra os aspectos correspondentes (e não violação ao direito de imagem, que se reduzirá a meio para o alcance do fim visado).

Assim, como muito bem define o autor, o direito à imagem, embora seja direito autônomo entre as espécies de direitos a privacidade, pode ser utilizado como meio para a violação de outros direitos da mesma natureza, como se verifica em relação à honra, por exemplo, quando a imagem é utilizada para atingir a reputação de um cidadão, caso em que embora a violação daquela seja meio, o que resta por fim maculada é a honra do sujeito.

Tem-se portanto, que tanto o direito à honra, quanto o direito à privacidade e por fim, o direito à imagem, são espécies inseridas no rol de direitos de personalidade, gozando de proteção expressa no texto constitucional, de forma que o Estado tem o dever de proteger o indivíduo nestas áreas específicas de sua personalidade de ataques tanto de particulares quanto do próprio Poder Público.

Para o que se pretende, deve-se estabelecer a temporariedade dos direitos acima abordados, de forma que no que tange ao termo "a quo" dos direitos de personalidade, Nader (2011, p. 163-164) destaca existirem duas correntes doutrinariamente defensáveis, sendo elas a teoria concepcionista, que é defendida por civilistas Freitas e Beviláquia entendendo que a personalidade iniciaria com a concepção. E de outro lado a corrente adotada pelo Código Civil, dita naturalista, segundo a qual a personalidade jurídica é adquirida com o nascimento com vida.

Embora o art. 2º do Código Civil[11] seja categórico ao condicionar a personalidade à teoria naturalista, o ordenamento jurídico não deixa de reconhecer direitos de nascituros, tanto no próprio código civil, na parte final do mesmo artigo, como em normas esparsas, pelo que se forma

[11] Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

divergência acerca deste tema de interessante debate, mas que não se atentará de forma pormenorizada, eis que o foco perseguido é o termo "ad quem" dos direitos personalíssimos.

Desta forma, sobre o termo final dos direitos de personalidade, Nader (2011, p. 164) é enfático ao afirmar que estes se extinguem com a morte ou ausência, opinião inclusive endossada pelo art. 6º do Código Civil[12]. Já, Bittar (1989, p. 12-13), embora concorde que de maneira geral que estes terminam com a morte do titular, admite, de outro lado, que isso não ocorre com alguns direitos dessa categoria, pelo que cita o direito à imagem, entre eles.

A chamada tutela de direitos de personalidade "post morten" está prevista no Código Civil (BRASIL, 2002), junto ao parágrafo único do art. 21, que dispõe que: "em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau".

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, também reconhece a extensão dos direitos de personalidade após a morte do ofendido, conforme se verifica, por exemplo do REsp n. 697.141-MG, DJ 29/5/2006, REsp n. 521.697-RJ, DJ 20/3/2006, e REsp n. 348.388-RJ , DJ 8/11/2004, e REsp n. 913.131-BA, onde deixa claro o entendimento de que o direito, embora evocado pelos sucessores, não são oriundos da herança, mas direito próprio, conferido pelo parágrafo único do art. 21 do Código Civil, que lhes permite defender a imagem do ofendido. Mesmo entendimento foi seguido no julgamento da Apelação Cível n. 32770620078260543[13], de relatoria do desembargador Alexandre Lazzarini, proferido em 1º de janeiro de 2011, onde asseverando "Ato ilícito que importa em ofensa aos direitos de personalidade relativos ao nome, imagem e honra objetiva do de cujus. Danos morais caracterizados. Reconhecimento do dever de indenizar", admitiu indiretamente a possibilidade de defesa da honra do falecido.

[12] Art. 6º A existência da pessoa natural termina com a morte; presume-se esta, quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva.

[13] INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. UTILIZAÇÃO INDEVIDA DO NOME E DADOS PROFISSIONAIS DE PESSOA FALECIDA SEM AUTORIZAÇÃO. DANO MORAL CARACTERIZADO. OFENSA AOS DIREITOS DE PERSONALIDADE. NOME, IMAGEM E HONRA EM SEU ASPECTO OBJETIVO. OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR RECONHECIDA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Caso em que restou caracterizada a utilização do nome e dados profissionais de pessoa falecida, em trabalhos assinados pelo réu como agrimensor, sem qualquer autorização, como mecanismo de capitação de clientela. 2. Ato ilícito que importa em ofensa aos direitos de personalidade relativos ao nome, imagem e honra objetiva do de cujus. Danos morais caracterizados. Reconhecimento do dever de indenizar. 3. Sentença reformada para condenar o réu/apelado ao pagamento de indenização por danos morais, cujo valor deve observar os critérios da proporcionalidade e razoabilidade, além de atingir suas finalidades reparatória e sancionatória. 4. Apelação do espólio autor parcialmente provida.(TJ-SP - APL: 32770620078260543 SP 0003277-06.2007.8.26.0543, Relator: Alexandre Lazzarini, Data de Julgamento: 01/12/2011, 6ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 02/12/2011)

Ainda, especificamente quanto a tutela "post morten" do direito à honra, observam Pamplona Filho e Gagliano (2008, p. 173) que "associada à natureza humana, a honra é um dos mais significativos direitos da personalidade, acompanhando o indivíduo desde seu nascimento, até depois de sua morte."

Pelo que se pode ver, a garantia de direitos personalíssimos do cidadão mesmo após a sua morte vem sido amplamente aceita na doutrina e na jurisprudência, contudo celeuma ainda existe no que tange ao titular deste direito, e aqui não se aborda a questão de legitimidade processual ativa, mas sim, de quem é a titularidade do direito perseguido, se do próprio "de cujus", ou dos herdeiros, que teriam o seu próprio interesse de tutelar a honra de seu parente falecido.

Sobre o tema, Andrade (2015) destaca que o Superior Tribunal de Justiça parece evitar o enfrentamento desta questão, optando por uma orientação finalística, conforme assevera com mais detalhados pormenores o citado autor:

> Contudo, a decisão oscila entre duas tendências, pois de um lado reconhece a possibilidade de que o sucessor possa tutelar a imagem do parente falecido. De outro, afirma que pelo fato de a imagem da pessoa falecida "possuir efeitos econômico para além de sua morte, seus sucessores passam a ter, por direito próprio, legitimidade para postularem indenização em juízo". Evitando posicionar-se sobre uma teoria específica, o STJ opta por uma orientação finalística: o fato de a pessoa já haver falecido não retira de seus sucessores a possibilidade de resguardar a sua imagem, concedendo-lhe o direito à indenização. Nesse contexto, verifica-se que não está inviabilizada a caracterização dos direitos da personalidade como direito subjetivo.

Conquanto essa indefinição na jurisprudência possa parecer uma questão meramente teórica sem maiores consequências práticas, o fato é que esta pode acarretar em problemas efetivos, na medida em que os próprios herdeiros forem os violadores dos direitos de personalidade de seu parente falecido. Neste caso, carece de definição acerca da titularidade do direito de personalidade "post morten", eis que esta é a chave para se definir se este direito pode ser exercido contra a vontade dos herdeiros ou não.

Assim, em se entendendo pela titularidade do próprio "de cujus", sua imagem poderia ser defendida por terceiros, ou quem sabe pelo Ministério Público, quando esta for objeto de ofensa pelos próprios herdeiros, ao passo que em se optando pela via transversa, o Estado não poderia agir em defesa dos interesses, eis que estes pertencem aos ofensores, que desta forma, tem o direito de prejudicar um direito próprio.

Essa problematização passará a ser melhor trabalhada no próximo ponto deste artigo, onde se confrontarão as teses levantadas neste sentido, para se chegar a uma definição para os fins desta pesquisa.

5 Solução do conflito entre o princípio da herança e da privacidade

Inicialmente, convém registrar que a presente abordagem não tem a ousada pretensão de esgotar a análise dos princípios constitucionais, mas, apenas, limitá-la aos dois princípios que se destacam para resolução dos questionamentos apresentados, quais sejam o direito à privacidade e o direito de herança.

Mas se ambos os direitos, da privacidade e da herança, estão inseridos em um mesmo contexto constitucional de proteção daquilo que representa a parte mais essencial da personalidade humana, e por isso mesmo, fundamentais em seu conteúdo, o questionamento é no sentido de como classifica-los em nível hierárquico de importância. Para se esclarecer esse ponto, socorre-se à ciência hermenêutica e de solução de choque de princípios, passando por uma superficial análise acerca dos direitos fundamentais.

A clássica concepção de matriz liberal-burguesa dos direitos fundamentais informa que tais direitos constituem, em primeiro plano, direitos de defesa do indivíduo contra ingerências do Estado em sua liberdade pessoal e em sua propriedade, conceituação que ainda é considerada atualmente pelos operadores jurídicos. Para se evitar a interferência estatal na liberdade do sujeito, cria-se mecanismos para repelir qualquer violação da sua esfera íntima, e até mesmo meios de se contra-atacar eventuais agressões que esteja sofrendo em sua esfera de autonomia pessoal (SALET, 2001, p. 167).

Certo é que a dignidade humana concede integração entre os direitos e as garantias fundamentais, posto que inerente à personalidade. Tal fundamento, por conseguinte, "afasta a ideia de predomínio das concepções transpersonalistas do Estado e Nação em detrimento da liberdade individual", na medida que a "dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, constituindo-se, por isso, em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico que clame por excelência deve assegurar" (SOROMENHO– PIRES, 2011, p. 167).

E é assim justamente porque os direitos fundamentais não se constituem basicamente como direitos do homem frente ao Estado ou a terceiros, mas como direitos básicos consagrados nas Cartas Constitucionais, os quais relacionam-se diretamente com os vários objetivos do Estado Democrático, consoante Delgado (2000, p. 75).

Observa-se que o reconhecimento, bem como a proteção dos direitos fundamentais do homem, alcançou seu estágio atual de forma lenta e gradual, através de várias gerações, assim denominadas por terem sido construídas ao longo de diferentes momentos históricos. As gerações, logo, representam conquistas pela humanidade de ao menos três espécies de direitos fundamentais (SOROMENHO-PIRES, 2011, p. 170).

Bonavides (2000, p. 517) explica que os direitos de primeira geração são os direitos da liberdade; "os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, por um prisma histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente". Já a segunda geração, originada na clamada igualdade à francesa, significa uma exigência ao poder público no sentido de que este atue em favor do cidadão e não mais para deixar de fazer alguma coisa, tratando-se de uma prestação positiva do Estado corresponde aos chamados direitos sociais, vislumbrados no Brasil a partir do art. 6° da Constituição Federal (BRASIL, 1988). E os direitos de terceira geração correspondem à solidariedade, que decorrem de uma sociedade já modernamente organizada que se encontra envolvida em relações de diversas naturezas, especialmente aquelas relativas à industrialização e densa urbanização (SOROMENHO-PIRES, 2011, p. 170).

Extrai-se, assim, que as garantias constitucionais revelam-se instrumentos de enorme importância dentro de um sistema normativo, posto que asseguram que os direitos contidos nas Constituições não caiam no vazio das esferas abstratas, mantendo o contato institucional com a realidade concreta, propiciando, desta forma, a fruição completa das liberdades humanas (BONAVIDES, 2000, p. 481).

Para que atinjam sua finalidade, os direitos fundamentais recebem duas linhas de eficácia: horizontal e vertical; a primeira se realizando através da corrente contemporânea, segundo o qual são manifestação do direito privado e dali se exsurge a necessidade de se analisar a sua amplitude de incidência, ao passo que a vertical é referente ao direito de liberdade do indivíduo perante o Estado, de modo que os direitos fundamentais formam um grupo de direitos e serem exercidos contra uma entidade maior (FACHIN, 2006, p. 90-91).

Em outros termos, a eficácia horizontal constituiria uma forma de desdobramento dos direitos fundamentais, já que estes não são dirigidos ao Estado, mas inclusive aos membros da sociedade.

Canotilho (2004, p. 149) condicionou a aplicação direta dos direitos fundamentais às relações privadas à determinabilidade das normas, ou seja, que as mesmas contenham conteúdo em que se defina o âmbito de proteção de um direito fundamental e os respectivos efeitos jurídicos.

Seria diferente, porém, se diante de uma hipótese de conflito de uma norma de direito fundamental e um princípio de autonomia privada, por meio do qual se delinearia uma interpretação de acordo com o caso concreto, buscando-se uma resposta pautada na valorização dos direitos em análise, optando-se tanto quanto possível pelo não sacrifício dos direitos fundamentais.

Quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar o princípio da concordância prática ou da harmonização, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflitos, evitado o sacrifício total de uns em relação a outros, realizando uma redução proporcional ao âmbito de alcance de cada qual sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com a sua finalidade precípua (MORAES, 2003, p. 61).

Ao abordar a eficácia da norma jurídica e a conduta conflitiva, Silva (2000, p. 65) disserta que:

> A eficácia da norma jurídica tem como conseqüência automática o seu poder de gerar efeito jurídico, com maior ou menor grau, ou de maneira absoluta, ou plena, ou limitada, ou diferida, por meio de um comando, determinando um agir ou não agir, uma conduta positiva ou uma omissão, e neste caso com uma força paralisante da que é conflitante com o comando determinado.

Na espécie, está-se diante de um conflito de princípios constitucionais, partindo-se da análise de dois direitos fundamentais garantidos em um mesmo texto constitucional, havendo especial destaque o fato de que os direitos da personalidade, dentre eles o da privacidade, são inerentes ao próprio princípio da dignidade da pessoa humana.

Como ressalva Moraes (2000, p. 39), os direitos humanos e fundamentais, dentre eles os direitos e garantias individuais e coletivos, não podem ser utilizados como um verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, sob pena de desrespeito a um verdadeiro estado de Direito. Isso é bem evidente ao passo que o conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana pode ser definido como direitos humanos fundamentais.

Sem aprofundar-se acerca da importância dos direitos fundamentais, tampouco sobre as alternativas de interpretação em caso de conflito entre princípios contidos em um mesmo texto constitucional, passa-se a destacar o direito à privacidade e o direito de herança, que importam ao presente estudo.

Nesse tocante, a Constituição Federal de 1988, ao dispor sobre os direitos e deveres individuais e coletivos, no art. 5°, inc. X, estabelece que são 'invioláveis a intimidade, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente da sua violação'. De um superficial estudo etimológico da palavra violação, extrai-se a origem do latim 'violare', ou seja, ultrajar, desonrar. Trata-se, pois, de uma disposição declaratória e assecuratória, visto que ao tempo em que define a inviolabilidade dos direitos pessoais elencados no texto, também garante uma compensação em caso de descumprimento da norma.

Essa proteção constitucional da vida privada tem a finalidade precípua de reservar um limite para manutenção da intimidade, livre de interferências externas, realizadas de modo ilícito. Vida privada e intimidade, como abordado no tópico anterior, não se confundem, embora estejam profundamente interligadas. Aliás, a intimidade e a inviolabilidade da vida privada têm por objetivo assegurar o desenvolvimento pleno da personalidade.

Ademais, inevitável a consideração que tanto a intimidade quanto a vida privada são direitos fundamentais, que, nos dizeres de Sarlet (2009, p. 77), são “todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância [...] retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos”.

Nesse rumo, aliás, decidiu o Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2010) que o direito à intimidade – que representa importante manifestação dos direitos da personalidade – qualifica-se como expressiva prerrogativa da ordem jurídica que consiste em reconhecer, em favor da pessoa, a existência de um espaço indevassável destinado a protege-la contra indevidas interferências de terceiros na esfera de sua vida privada. Essa inviolabilidade, inclusive, foi reforçada pelo Código Civil.

De outro lado, a Constituição Federal também dispõe no capítulo dos direitos e garantias fundamentais sobre o direito de herança, especificamente no inc. XXX do art. 5°, e o Código Civil cuida do assunto em quatro títulos acerca do direito sucessório que compõem o Livro V, regulando o direito sucessório.

Apesar de prematuramente abordada no tópico de número dois do presente estudo, conveniente ressaltar o *status* constitucional conferido ao direito de herança, analisado pelo Supremo Tribunal Federal, em voto da lavra do Ministro Gilmar Mendes (2010, p. 526), para quem esta proteção é uma garantia institucional e direito subjetivo. Esse caráter patrimonial envolvido assegura que o Estado não será destinatário do acervo reunido em vida pelo sujeito, a menos que incidente a respectiva hipótese legal.

Para Bulos (2000, p. 249), assim como para Venosa (2003, p. 249), o conceito de herança e a previsão constitucional de sua proteção baseiam-se justamente na ideia de destaque de tudo aquilo que representa o patrimônio e sua importância. Em outros termos, o que não representar conteúdo econômico não é capaz de ser repassado aos herdeiros via "causa mortis".

Em resumo, a herança, enquanto direito fundamental assegurado pela Carta Magna, garante ao sujeito a certeza do acesso à propriedade dos bens deixados pelo "de cujus", na forma e nos termos prescritos pelo Código Civil, assegurando aos herdeiros legitimados a investidura na posse e propriedade desses bens, com todos os seus elementos e características.

Como visto, tanto o direito à privacidade, quanto o direito de herança, estão inseridos no art. 5° da Constituição Federal, e, em tese, mereceriam o mesmo tratamento jurídico. Todavia, diante de um caso concreto, há que se resolver o impasse com a preponderância do direito mais importante no que se refere à essência da dignidade humana. O patrimônio, como já abordado, não pode ser colocado em posição superior de

proteção do que a honra, intimidade, e, via de consequência, privacidade do sujeito de direitos.

É oportuno acrescentar que Bellatoni e Benigni (2007, p. 265) ressaltam que "o objeto do direito à reserva, à discrição e à vida privada tem como conteúdo o direito à exclusividade do conhecimento daquilo que atine à esfera pessoal, no senso que ninguém pode tomar conhecimento e nem revelar aquilo que de tal esfera o sujeito não deseja seja de conhecimento de outra pessoa". Essa afirmação justifica-se ao ponto que, se atualmente é possível a qualquer pessoa testar livremente seus bens, inclusive, corpóreos, se fosse do seu real interesse repassar a qualquer legatário as informações mantidas reservadamente em vida, não haveria motivação para a discussão adentrar na esfera de transmissão de herança *causa mortis*.

Configura-se, na hipótese, a colisão entre os próprios direitos fundamentais "quando o exercício de um direito fundamental por parte de um titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular" (CANOTILHO, 2004, p. 657). Na circunstância ora analisada, caberá ao intérprete utilizar o princípio da harmonização de forma a analisar os bens jurídicos em conflito, e promover a harmonia do texto constitucional, com sua finalidade precípua.

Para Reinaldo Filho (2002, p. 39),

> Na tarefa de balancear direitos constitucionais em conflito, o julgador deve ter a percepção ou procurar identificar aquele que mais se aproxima de uma aceitação majoritária da sociedade. Em relação à atividade questionada, deve, ainda, se basear pelos critérios da razoabilidade e da severidade, deve estar especialmente atento para as transformações nas relações sociais da nova sociedade da informação.

Por esta linha de raciocínio, na colisão de direitos fundamentais (herança x privacidade), há que prevalecer aquele que melhor visa a garantia da dignidade da pessoa humana, na espécie consubstanciada na proteção da intimidade e da honra da pessoa falecida, já que embora a personalidade tenha se extinguido com a morte, merece especial proteção e não poderia ser violada pelos próprios titulares a quem a lei conferiu capacidade para pleitear essa proteção.

Neste ponto, é importante ressaltar que a celeuma acerca da proteção da imagem e da honra da pessoa, mesmo após a sua morte, deva ser decidida de forma a manter hígido o

mais importante patrimônio – no sentido amplo – que este pode deixar não apenas para seus familiares, como para todas as gerações futuras, não se podendo admitir, que todo o zelo e esmero que alguém carregue ao longo da vida para construir uma imagem honrada perca completamente a proteção estatal imediatamente após a sua morte, deixando-a ao simples arbítrio de seus herdeiros – se é que esta pessoa terá herdeiros – que nem sempre guardam a mesma preocupação que o "de cujus" com os aspectos morais de suas vidas.

Por fim, ressalta-se que a intimidade e a privacidade inseridas nos meios de tecnologia situam-se numa linha tênue e têm limites frágeis, podendo ser rompidos com facilidade. Se, por um lado, a tecnologia trouxe comodidades, por outro, facilitou a interferência na vida íntima das pessoas (BRANT, 2010, p. 20). Compete ao sistema jurídico, ao contrabalancear a preponderância do direito de herança e o direito à privacidade, conferir maior destaque a este, especialmente ao se considerar que, se fosse do desejo do "de cujus", seu patrimônio digital não estaria protegido por mecanismos de segurança como senhas e armazenamentos em nuvens. Inclusive, o direito à privacidade e a intimidade, assim como os demais direitos da personalidade, são oponíveis "erga omnes", "devendo a coletividade respeitá-los e o Estado assegurá-los" (LISBOA, 2007, p. 178).

Ademais, ao encontro desse entendimento, o art. 3° da Lei n. 12.965/2014 (BRASIL, 2014) disciplina do uso da *internet* no Brasil e tem, dentre outros, o princípio da proteção da privacidade, bem como dos dados pessoais. O art. 7° do respectivo diploma legal determina que ao usuário da *internet* são asseguradas a "inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação", assim como a "inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela *internet*, salvo por ordem judicial, na forma da lei". Do mesmo modo, o sobredito dispositivo assegura o direito à "inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial".

Por derradeiro, há que se analisar a questão com parcimônia e prudência, visto que na hipótese de os herdeiros pleitearem, nos autos do inventário, a concessão de alvará para acesso ao acervo digital do "de cujus", será a medida judicial o único meio capaz de afastar a inviolabilidade das comunicações privadas, devendo o magistrado reservar especial preocupação, inclusive, com o direito de terceiros respectivamente envolvidos. A controvérsia, longe de restar superada, desenvolve-se em tramas outras que tornam

imperiosa seja a legislação atualizada para contemplar essas consequências da modernização informática.

Logo, por tudo o quanto exposto, seja pelo resultado da aplicação da hermenêutica na interpretação dos princípios constitucionais e da preponderância daquele com maior relevância para a sociedade, ou ainda pela consideração da única legislação em vigor que disciplina o uso da *internet* no Brasil, há que se preferir manter a privacidade do "de cujus", e via de consequência, sua intimidade e de terceiros com quem eventualmente este mantinha relações, em detrimento do interesse dos respectivos herdeiros em acessar o acervo digital do falecido protegido por senhas e dispositivos de segurança.

6 Considerações finais

Este estudo teve como objetivo esclarecer a possibilidade jurídica da transmissão de bens digitais "causa mortis" em relação aos direitos personalíssimos do "de cujus". Num primeiro momento foi abordado que os bens digitais podem ser classificados como incorpóreos, conquanto não sejam disciplinados na lei vigente.

Também restou demonstrado a partir do exame dos conceitos doutrinários que o acervo digital do falecido pode constituir o conjunto de bens do espólio, porquanto materialmente disponíveis. Entretanto, em razão da supremacia dos direitos da personalidade, especialmente o de privacidade e intimidade, aliados à proteção da honra e consequentemente da dignidade humana, analisou-se qual a interpretação mais adequada entre esses princípios constitucionais, e a garantia de herança prevista no ordenamento jurídico brasileiro.

Para solucionar a controvérsia, restou evidenciada a técnica hermenêutica originada no princípio da concordância prática ou da harmonização, de modo a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, com a finalidade de promover uma redução proporcional ao âmbito de alcance de cada qual sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com a sua finalidade precípua.

Em se tratando de garantias constitucionais revelam-se instrumentos de enorme importância dentro de um sistema normativo, por assegurarem que os direitos contidos nas

Constituições não caiam no vazio das esferas abstratas. Logo, o presente estudo revelou que compete ao julgador, diante do pleito dos eventuais herdeiros do autor da herança, considerar com especial destaque a necessidade de proteger a honra do "de cujus" que não se extingue com a respectiva morte e término da personalidade, inclusive de terceiros eventualmente citados e envolvidos nos arquivos que compõem o acervo digital a que se pretende repartir entre os sucessores.

Assim, foi possível concluir que a dignidade humana deve, sim, transcender o aspecto biológico de sua existência, de forma que os direitos individuais e humanos devem ser garantidos mesmo antes do nascimento e até mesmo o óbito de cada indivíduo, direitos estes que devem ser colocados em um patamar de importância superior ao do direito patrimonial dos herdeiros.

7 Referências bibliográficas

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das Coisas.** Volume I. Brasília: Senado Federal, ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. *A tutela dos direitos da personalidade no direito brasileiro em perspectiva atual*. Disponível em: http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/tutela-dos-direitos-da-personalidade-no-direito-brasileiro-em-perspectiva-atual-protection-. Acesso em: 19 mar. 2015.

BELLATONI, Domenico e BENIGNI, Alessandro. **Lesione dei diritti dela persona**. Padova: Cedam, 2007.

BEVILÁQUIA, Clóvis. **Theoria geral do direito civil**. 6 . ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1856.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Malheiros: 2000.

BRANT, Cassio Augusto Barros. **Os direitos da personalidade na era da informática**. Revista de Direito Privado. Ano 11. n. 42. abr.-jun./2010.

BRASIL. Decreto Legislativo 27, de 25 de setembro de 1.992. **Aprova o texto da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto São José)** celebrado em São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, por ocasião da Conferência especializada Interamericana sobre Direitos Humanos. Diário Oficial da União, Brasília, 25 set. 1992.

_____. Constituição (1.988) **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1.988.

_____. Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 24 mar 2015.

_____. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. **Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 24 de mar de 2015.

_____. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei PL 4099/2012**. Altera o art. 1.788 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que "institui o Código Civil". Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=548678>. Acesso em: 25 mar. 2015.

_____. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei PL 4847/2012**. Acrescenta o Capítulo II-A e os arts. 1.797-A a 1.797-C à Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=563396> . Acesso em: 25 mar. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal, **Mandado de Segurança 23.669-DF**, Medida Liminar, rel. Min. Celso de Mello, j. 12.04.2000, DJU 17.04.2000.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Direito constitucional ao alcance de todos**. São Paulo: Saraiva, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2004.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil anotado**. 8. ed. rev. atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2002.

DURVAL, Hermano. **Direito à imagem**. São Paulo. Editora Saraiva. 1988.

FACHIN. Luiz Edson; Ruzyk, Carlos Eduardo Pranovski. **Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil:** uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, direitos fundamentais e direito privado 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil***:* teoria geral. 7. ed Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FRANÇA, Rubens Limongi. **Instituições de direito civil.** 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil –** Parte Geral. v. I. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GANDINI, João Agnaldo Donizeti; SALOMÃO, Diana Paola da Silva; JACOB, Cristiane. **A validade jurídica dos documentos digitais**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, III, n. 9, maio 2002. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=4411&n_link =revista_artigos_leitura>. Acesso em: 18 mar. 2015.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil,** vol. 1. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

MONTEIRO, Washington de Barros, PINTO, Ana Cristina de Barros Monteira França. **Curso de direito civil** vol. 1. 44 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 2003.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil,** parte geral. Vol. 1. 8. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

PEREIRA, Caio Mario. **Instituições de direito civil.** 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

REBOLLO DELGADO, Lucrécio. **El Derecho Fundamental a la intimidad**. Madrid: Dykison, 2000.

REINALDO FILHO, Demócrito. **A privacidade da sociedade da informação:** Direito da Informática, temas polêmicos. São Paulo: Edipro, 2002.

RODRIGUES, Daniela Rosário. **Direito civil:** família e sucessões. 4. ed. São Paulo: Rideel, 2009.

SALET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SANTOS, Bruno Damasceno Ferreira. **Bem digital - natureza e regime jurídico do objeto do comércio eletrônico on-line.** Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 26 maio 2014. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.48246&seo=1>. Acesso em: 18 mar. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang**. A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, Edson Ferreira da. **Direito à intimidade***:* de acordo com a doutrina, o direito comparado, a Constituição de 1988 e o Código Civil de 2002. 2. Ed. São Paulo: J de Oliveira, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

SOROMENHO-PIRES, Antônio Carlos de Souza. **Intimidade, personalidade e eficácia vertical e horizontal dos direitos fundamentais.** Revista de Direito Constitucional e Internacional. Ano 19. Vol. 75. Abr-jun./2011.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil***:* direito das sucessões. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

A RELAÇÃO DE INTERDEPENDÊNCIA ENTRE O DEVER DO PODER PÚBLICO E A PARTICIPAÇÃO SOCIAL NA CONCRETIZAÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

Andressa de Souza da Silva[*]
Zenildo Bodnar[**]

Palavras-chave: Interesse público, participação social, função social da propriedade, direito à moradia.

Resumo: O presente trabalho tem o escopo de analisar a relação de interdependência entre o interesse do poder público e a participação da sociedade na concretização da função social da propriedade, através dos preceitos estabelecidos pelos anseios sociais. Sendo averiguado sob os reflexos dos paradigmas constitucionais, priorizando a qualidade de vida da sociedade no desenvolvimento urbanístico. Tais disposições serão o caminho para a conclusão da sustentabilidade urbana integrativa, que proporcione a dignidade e consequentemente a concretização da função social da propriedade. Para tanto, partiu-se do seguinte problema de pesquisa: Os efeitos da relação público e sociedade concretizam a função social da propriedade? Quanto a metodologia, foi aplicado método indutivo.

Keywords: Public interest, social participation, social function of property, right to housing.

Abstract: This study has the scope to examine the interdependent relationship between the interest of the government and society's participation in implementing the social function of property using the rules established by social expectations. It is investigated under the reflections of the constitutional paradigms, giving priority to society's quality of life in urban development . Such provisions will be the way for the completion of integrative urban sustainability that provides dignity and consequently the realization of the social function of property. To do so, broke the following research problem: The effects of public relation and society embody the social function of property? As the methodology was applied inductive method.

[*] Graduanda no curso de Direito na UNIVALI e bolsista do CNPq. Currículo Lattes disponível em: < http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual /visualizac v.do?id=K8108452U3>.
[**] Doutor pela UFSC. Juiz Federal e Professor na UNIVALI. Currículo Lattes disponível em:< http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K4734231T6>.

1 Introdução

A Constituição de 1988, consagrou a função social da propriedade, no rol das garantias individuais, determinando a carga valorativa que a propriedade representa para o indivíduo, na concretização de seus direitos basilares, em especial na efetivação da dignidade da pessoa humana.

Por conseguinte, para se concretizar este paradigma constitucional preceitua-se a necessidade de uma relação interdependente entre poder público e sociedade, consolidada através da participação e da informação recíproca de cooperativismo.

Neste sentido, norma positivada delegou a função da ordem urbanística para as cidades, aproximando a sociedade da norma, visto que a cidade é o local onde se estabelece as relações sociais e se define os anseios particulares de cada lugar. Assim, averiguar a função social da propriedade é estabelecer uma relação automática com a função social da cidade, visando um aspecto sustentável para a garantia das atuais e futuras gerações.

Portanto, o intuito é esclarecer a problemática estabelecida na necessidade de uma relação de interdependência entre o poder público e sociedade no cumprimento do desenvolvimento urbanístico, com o escopo de averiguar os instrumentos reguladores da função social da propriedade.

Tem-se a partir deste enfoque o seguinte objetivo geral, analisar a concretização da função social da propriedade, e seus reflexos na ordem urbanística através da priorização dos anseios sociais desde a concepção da norma até a sua aplicabilidade em cada caso concreto, sendo orientado pelo método indutivo, com a aplicação das técnicas do referente, e fichamento.

2 Função social do poder público e da sociedade

A integralização poder público e sociedade estabelece uma predeterminação interdependente de comunicação e cooperação na concretização dos direitos e garantias constitucionais, para o fim de aproximar o Estado de Direito e o acesso a dignidade da pessoa humana a toda coletividade.

Segundo Christiano Ribeiro (2013, p. 76) os reflexos da relação estatal com a sociedade traz seus resultados para as ações de governabilidade, pois denota-se um estado de comunicação, definindo a padronização nas articulações e no cooperativismo, conectando o sistema político, econômico refletindo diretamente no direito da sociedade.

Desse modo, o desenvolvimento de uma sociedade só ensejará resultados se o cidadão participar da aplicação da lei, e se esta respeitar tanto os interesses estatais quanto o coletivo. São estes fundamentos que legislam a concretização da função social da propriedade, trazendo um caráter integrativo, que impede a vitimização do indivíduo pela norma e o faz integrante de sua aplicação.

Deve-se assim, estabelecer uma correlação entre as políticas determinadas pelo poder público e seus reflexos na sociedade, pois "a forma política estatal surgirá quando o tecido social, necessariamente institua e seja instituído, reproduza e seja reproduzido, compreenda-se e seja compreendido [...]". (MASCARO, 2013, p. 26).

Esta compreensão público e social determina o êxito da função social, pois conforme o próprio nome aduz, a norma é legislada para atingir uma finalidade de conotação social, que venha trazer o cidadão para próximo dos seus direitos fundamentais.

Norberto Bobbio (2011, p. 56) aduz a inexistência das decisões do poder público sem a sua finalidade social, pois são estes preceitos a motivação das normas. De acordo com o autor:

> [...] o cidadão das democracias mais avançadas percebeu que a esfera política está por sua vez incluída, numa esfera muito mais ampla, a esfera da sociedade em conjunto e que não existe decisão política que não esteja condicionada ou inclusive determinada por aquilo que acontece na sociedade civil.

Assim, a relação público e social, visa atingir o próprio escopo do direito, pois está relação é natural do ser humano em sociedade e reflete automaticamente no desenvolvimento dos direitos sociais, em especial o tocante ao direito de propriedade, que

além de atingir sua função social deve ser concretizada sobre os aportes constitucionais, visando a dignidade da pessoa humana.

A função social da propriedade pautada no modelo constitucional ultrapassa a sua interpretação estrita e visa a concretização da segurança do possuidor e de sua participação no desenvolvimento da ordem urbanística, de interesse não apenas individual, mais visando um direito à cidade coletivo.

Esta natureza interacional entre individual e coletivo é instituída através de uma condição básica de habitação, trazendo uma estrutura conglobante entre desenvolvimento sustentável, social e ambiental da ordem urbanística. (MELLO, 2013, p. 23).

Tais preceitos demonstram a função social intrínseca ao direito de propriedade, que transcende a simples titulação do proprietário, mais correlaciona-se integralmente a moradia estabelecida na dignidade da pessoa humana pelos paradigmas da norma constitucional.

Segundo Maria Amélia Costa (2007, p. 16) "dignidade da pessoa humana é um valor a que se tem recorrido frequentemente a fim de dar ao direito uma interpretação que favoreça o ser humano levando em conta a sua dimensão de pessoa, acima de qualquer outra."

Este paradigma no ideal de dignidade da pessoa humana é o que estabelece o conceito de moradia digna constitucional, solidificado através de uma conjuntura de direitos relacionados, ultrapassando o conceito de moradia adequada, traduzido na segurança, salubridade e saúde espacial e associando a fatores inerentes ao próprio ser humano. (COSTA, 2007, p. 16). A conotação de dignidade estabelecida pela autora, tem o escopo de demonstrar que a constituição da moradia adequada deve alcançar características concernentes a felicidade do ser humano, trazendo a natureza psíquica de segurança e o afeto entre proprietário e propriedade.

Reconheceu-se assim, a carga valorativa intrínseca ao direito à moradia onde foi incluída no rol de direitos sociais, consagrando e implicando uma série de ações estatais positivas que impulsionam o Legislativo e o Executivo, no intuito de proteger o habitat digno dos cidadão. (RODRIGUES, 2012, p. 35-36)

Neste sentido, verifica-se o rol de direitos abrangentes na interpretação da função social da propriedade, a qual enseja a necessidade de se desvincular de um ideal de direito

pragmático, e aplicar um direito traduzido na constância do movimento, mutável a cada caso concreto da sociedade.

A função social da propriedade deve ser capaz de proporcionar um ambiente urbanístico justo socialmente, que venha integrar o direito de todos, independentemente de sua condição econômica, trazendo a carga valorativa dos preceitos estabelecidos pela justiça social inerentes a própria norma positivada. Segundo Júlia Franzoni (2014, p 139):

> O desenvolvimento econômico social – que integra o processo de manutenção e desenvolvimento da vida em coletividade- é fruto do trabalho social (como valor síntese) e, por essa razão, suas vantagens devem ser repartidas de maneira equânime, assim como seus ônus. O compartilhamento como condição para "igualdade de posição" indica, assim, a necessidade de justa atribuição de responsabilidade e custeamento dos processos sociais.

Defende-se esta concretização de igualdade de posição através da relação entre poder público e sociedade de forma igualitária. A justa atribuição de responsabilidade tratada pela autora, depende desta reciprocidade comportamental de preocupação da ordem urbanística como um direito de todos, no intuito de fazer cumprir a função social da propriedade.

Assim, a abrangência da responsabilidade social, engloba muito além da simples participação, mais requer a preocupação em buscar seus direitos e cumprir com seus deveres, pois respeitar o direito de propriedade alheio, já se concretiza em um importante passo para a ordem urbanística.

Igualmente, a responsabilidade do poder público visa a percepção da aplicação de um direito preventivo, a aplicação na norma tem que estar embasada na sensibilidade de sues aplicadores, não havendo qualquer preocupação com a ordem urbanística quando a autoridade pública permanece inerte no decurso do tempo e posteriormente traz apenas um direito imediatista, trazendo um efeito inverso, restringindo a dignidade da pessoa humana, retirando direitos inerentes ao cidadão no seio social.

3 Instrumentos reguladores da ordem urbanística

A norma constitucional, delegou o desenvolvimento da política urbanística para o poder público municipal, determinando a constituição da função social da propriedade, através do atendimento de uma conjuntura de direitos estabelecidos pelo plano diretor das cidades.[1]

Os aportes de concretização da função social da propriedade são estabelecidos pelo Estatuto da cidade através do plano diretor municipal, a qual trata de um novo ideal de planejamento urbanístico, visando a definição de um modelo estrutural das cidades.

Os objetivos acerca da efetivação destes instrumentos tem o escopo de promover o bem estar da coletividade, sintetizado em três aspectos fundamentais ou ideias chaves: (a) função social (da propriedade e da cidade); (b) sustentabilidade; (c) equilíbrio. (AMADEI et al, 2014, p. 419).

Estes aspectos fundamentais trazem a base para concretização da função social da propriedade e da cidade sustentável proporcionando um equilíbrio, instituído através do plano diretor composto pelo poder público municipal e pelos cidadão, oportunizando o planejamento temporal do desenvolvimento urbanístico, e a identificação de fatores modificativos para a melhoria da qualidade de vida da coletividade (TORRES, 2007, p. 672).

Tais premissas são instituídas na responsabilidade do poder público, baseada na norma constitucional que prioriza a efetividade de uma ordem urbanística garantista. Segundo Nalini "a administração Pública tem obrigação de restituir a cidade ao cidadão. Para isso é preciso repensar o conceito de planificação urbana. Ela é meio de controle social da ordem urbana. (CASTELLS apud NALINI, 2011, p.126).

Por conseguinte, o Estatuto da Cidade aduz a um direito a viver em sociedade, atingindo o direito à propriedade, que transcendem a titulação, mais buscam em sua efetivação, a real função social que integraliza muito além de um pedaço de terra, mais adentra a direitos inerentes a sua cidadania.

---

1 Tais preceitos estão instituídos nos Art. 182 da Constituição da República Federativa do Brasil, conforme transcreve-se: Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem- estar de seus habitantes. [...] § 2º A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

Neste sentido, Canuto (2008, p. 109) leciona que:

> O Estatuto da cidade pretende seja alcançada a plenitude das políticas públicas direcionadas ao cidadão e, nesse objetivo, integrar transporte, habitação, planejamento urbano, meio ambiente, saúde, educação, saneamento básico, patrimônios históricos e arquitetônico, todos trabalhados com gestão democrática.

A exteriorização destas políticas são estabelecidas pelo plano diretor, refletido na função social do direito à propriedade com a "incumbência de estabelecer os padrões de crescimento, ordenando a reorganização das cidades em atenção as peculiaridade e carências locais (SALLES et al, 2014, p. 84).

A proximidade entre planejamento público e cidadão demonstra o caráter participativo social na tutela da ordem urbanística, visto que a formulação do plano diretor se constrói perante os anseios da particularidade de cada cidadão. É neste âmbito municipal restritivo que se disciplina as relações cotidianas e que se verifica a efetivação dos direitos fundamentais do ser humano, em torno dos direitos concernentes a propriedade.

Desse modo, inicialmente é necessário analisar os anseios da sociedade, para posteriormente incidir sobre a norma e sua aplicabilidade. Segundo Durkheim (2007, p.1) "[...] há em toda a sociedade um grupo determinado de fenômenos que se distinguem por caracteres definidos [...]. É a partir desta premissa que os efeitos da municipalização dos planos diretores solidificam seus resultados, pois analisam a contextualização da região e seus anseios.

Os fenômenos tratado pelo autor, são exteriorizados através dos fatores ambientais, geográficos, condições climáticas e econômicas, peculiaridades culturais, é este compilado de características que norteiam o sentido da norma, pois para atingir a sua eficácia, a política urbanística tem que conhecer seu destinatário final, suas necessidades, pois só através desta conjuntura de cuidados e medidas que se alcançará a satisfação das diretrizes urbanas.

A propriedade, assim como o meio social urbano onde está inserida, deve garantir a segurança tanto na tutela jurídica quanto psíquica, pois ao cidadão tem que lhe ser garantido, o direito a todos os benefícios de sua moradia, sendo defeso contra todos quaisquer restrições a estes direito. Os direitos inerentes que permeiam esta segurança, visam romper o conceito de propriedade restrito, buscando a sua função social integrativa,

democrática, tirando a sociedade como observadora da norma urbanística, colocando-a na posição de parte idealizadora de um bem comum de todos.

É neste viés, que as diretrizes positivadas solidificam a base para a concretização da democracia socioespacial, priorizando os anseios do indivíduo e da coletividade na normatização de suas direitos. (SALLES et al, 2014, p. 77). Sendo realizado através de uma relação de "obrigatoriedade da participação popular tanto no processo de elaboração quanto no de gestão de planos diretores, propiciando o debate, trazendo os conflitos e apresentando opções para as intervenções a serem realizadas no Município pelo poder público" (LEMOS et al, 2005, p. 681).

A garantia desta participação está positivada na produção do plano diretor, onde o Estatuto da Cidade[2] trouxe a obrigatoriedade da promoção de audiências públicas, com o intuito bifásico, tanto no sentido de informar o cidadão sobre a representatividade do plano diretor no desenvolvimento da cidade, quanto na oportunidade da sociedade trazer suas contribuições e suas necessidade, são estes detalhes que trazem o cidadão para a democracia social.

Cumpre destacar, que esta relação não visa apenas esta integração participativa popular, mais incumbe ao cidadão trabalhar para que a dignidade da sua própria moradia, efetivando ações básicas para benefício de sua propriedade que atingirão positivamente a coletividade e o seu direito à cidade.

Observa-se assim, uma interligação natural estabelecida entre função social da propriedade e função social da cidade, demonstrada na responsabilidade que ambas ensejam no desenvolvimento de uma cidade justa e igualitária, capaz de cumprir com as responsabilidade instituídas através das necessidades do ser humano em sociedade.

Esta relação é caracterizada de forma sequencial, pois inicia do individual para o coletivo, em uma relação de interdependência de resultados, pois visa-se a concretização de um direito à propriedade, inaugurado no direito individual do possuidor com o escopo de garantir principalmente a segurança do imóvel, a saúde ambiental, ocupacional e estrutural,

[2] O Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257/2001) em seu Art. 40, § 4, inciso I, estabelece a promoção de audiências públicas na elaboração do plano diretor, conforme transcreve-se: I – a promoção de audiências públicas e debates com a participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade;

resultando na melhoria da qualidade de vida do aspecto social e habitacional da ordem urbanística das cidades. (ALVARENGA, 2011, p. 7)

São as relações inerentes do individual para o coletivo que possibilitam a eficiência da norma, pois a função social a que se dispõe é evidenciada sob um aspecto garantista conferido a sociedade em geral, contudo tem início na concretização do singularidade do indivíduo, quanto a este é garantido o seu direito de propriedade, automaticamente se concretizou o direito da coletividade.

Assim, efetivar a função social da propriedade é viabilizar o direito coletivo a cidade, trazendo os direitos inerentes a esta vinculação, desvinculando do seu sentido estrito mais compreendendo como "o direito a ter condições dignas de vida, de exercer plenamente a cidadania, de ampliar os direitos fundamentais, de participar da gestão da cidade, de viver em um meio ambiente ecologicamente equilibrado e sustentável." (SAULE, 1997, apud MATIAS, 2006, p. 30)

Portanto, quando for concretizado a função social da propriedade tem-se diretamente a função social da cidade pois ambos estão interligados e tem o intuito de garantir um ambiente saudável, democrático e participativo do cidadão, assegurando a sua dignidade na ordem urbanística, através de um equilíbrio uníssono, produzindo e protegendo o direito de propriedade, conferido a todos.

4 Sustentabilidade urbana como alicerce de concretização da função social da propriedade

A concretização da função social da propriedade só surtirá seus efeitos se vier acompanhada de uma sustentabilidade espacial, com o intuito de orientar o desenvolvimento urbanístico sobre a tutela do meio ambiente, em uma relação conjunta de benefícios para as atuais e futuras gerações.

É nesta relação, sociedade e poder público com o enfoque no meio ambiente que se estabelece os ditames constitucionais, integralizando o desenvolvimento social e as necessidades da população, observando primeiramente as dimensões sustentáveis, tanto de ordem ecológica quanto socioespacial. (SALDANHA, 2007, p. 27)

Neste sentido, Monica Menkes (2004, p. 13) destaca que "a sustentabilidade ambiental relacionada às atividades humanas refere-se à capacidade do meio ambiente em sustentar o modo de vida das populações. Assim, a manutenção das funções do ambiente está relacionada à manutenção da sustentabilidade."

Estas premissas devem fundamentar o desenvolvimento da ordem urbanística, a qual incide diretamente nos valores da função social da propriedade, pois o desenvolvimento da sociedade deve discernir os limítrofes de suporte do meio ambiente, deixando de lado o antropocentrismo e buscando efetivar uma correlação de direitos.

É nesta fundamentação basilar que associa-se o desenvolvimento urbanístico, devendo ser observado pelo poder público não apenas o cunho econômico, mas o caráter sustentável, pois a urbanização só prosperará se priorizar o meio ambiente onde estão inseridos seus integrantes.

O desenvolvimento urbano de caráter sustentável é fundamentado através da recuperação das áreas depredadas e da promoção de um novo sistema que integre transporte, educação, lazer, segurança, com qualidade, respeitando o meio natural da ambiente. A política urbanística desvinculada das dimensões de sustentabilidade, não desenvolve, apenas retroage. (XAVIER, 2009, apud SAETA, 2012, p. 36)

Assim, a função social da propriedade é pautada tanto na participação social no sentido de promover uma política urbana sustentável, quanto no interesse do poder público em fazer cumprir seus direitos e deveres. Tais disposições encontram êxito se houver uma visão ecológica na sua efetivação, promovendo um meio social que proporcione os direitos inerentes a justiça social e ambiental.

A partir do momento que se priorizar o meio ambiente como fator inerente do direito a própria vida se compreenderá a responsabilidade que este traz para um moradia sadia, igualitária e principalmente democrática, que efetivará o direito do ser humano a viver em sociedade e não a margem dela.

Efetivar a sustentabilidade, exprime a concretização do direito à moradia, pois a propriedade só atinge sua função social, quando um simples pedaço de terra irregular, é abrangido pelas políticas públicas, deixando de ser um ambiente marginalizado, para ser parte integrante da urbanidade, representando neste momento, a sua moradia adequada.

A sustentabilidade urbana exteriorizada na efetivação da propriedade, é buscada através da carga valorativa inerente a moradia a qual é caracterizada pelo "local que, ocupado a título juridicamente legítimo, preserve a vida, a segurança, a intimidade, a privacidade, a saúde, o meio ambiente, a convivência familiar, as relações sociais e o desenvolvimento cultural do ser humano." (SILVIO, 2013, p. 96)

Neste sentido, o alicerce da moradia adequada, alcança a integridade física, psíquica e moral da pessoa (SOUZA, 2008 apud SERRANO, 2011, p. 21). Sendo assim, integra o solo, ou seja, a delimitação de sua propriedade tanto de ordem jurídica como geográfica, assim como abrange a sua segurança e o seu estado de paz social, refletido na integridade psíquica e moral do possuidor, traduzindo a concretização de uma política urbana participativa, fundada nos alicerces da justiça ambiental.

Nas concepções de Henri Acselrad (et al, 2009, p. 16-17) o termo justiça ambiental, traduz a solidificação de meio ambiente sustentável, que retrate saúde e segurança para a coletividade, respeitando o ser humano, não apenas no caráter ecológico, mais através de conectivos baseados nas relações sociais, integrando o âmbito, natural, artificial, aparente, social e econômico. O intuito da justiça ambiental, visa o reconhecimento das particularidade do indivíduo e de sua relação com um grupo social, e faz com que o poder público, traga suas ações em conjunto deste caráter relacional, trazendo dignidade para aquela comunidade social.

O paradigma estabelecido pelo ideal de justiça ambiental toca e concretiza a justiça social, pois quando se produz um meio ambiente digno, sustentável, capaz de proporcionar a sociedade a felicidade e seu bem estar, tem-se uma ordem urbanística sustentável.

A carga valorativa da ordem urbanística, ultrapassa a sua nomenclatura e representa o centro efetivador do direito e da democracia, fundamentos basilares da vida em sociedade. É a partir deste complexo de direitos oriundos desta relação que se desenvolveu a sociedade, aproximado a política, o direito e a cidade e o constituindo como fator único (OLIVEIRA, 2009, p. 26-27).

Esta relação direito e democracia depende de uma sociedade sustentável, não apenas na norma positivada, mais na solidificação de um novo paradigma da população, que tenha como principal fundamento a consciência que a forma como trata-se o meio ambiente reproduz o resultado que teremos na qualidade de vida social.

Por conseguinte, a promoção de um novo paradigma, traz a concretização de uma justiça ambiental e social reproduzida no modelo ideal de direito à cidade, não este restrito e limitado, mais a partir do viés sustentável sob a égide de uma sociedade consciente de sua função de transmutar a ordem socioespacial, estabelecendo uma relação de desenvolvimento econômico findado nos preceitos ecológicos e ambientais. (ROMERO, 2007 apud SILVA, 2011, p.19)

Henri Acselrad (2009, p. 97) preceitua um fator relevante na aplicação da sustentabilidade urbana, trazendo uma realidade de sustentabilidade infeliz, simbólica, que apenas atende a aparência capitalista, que inseriu a sustentabilidade nas cidades através de um pensamento unitário, baseado no ambiente dos negócios.

Reconhecendo estes fatores pejorativos, conclui-se que o efeito mutável desta realidade depende da relação homogênea de consciência do poder público e da sociedade em unir esforços e realizar uma genuína mudança de paradigma na visão de função social da propriedade.

O fato é que a função social da propriedade nada mais do que o próprio direito intrínseco ao cidadão. Está positivado pelo simples fato de vivermos em uma organização social, pois este apenas dita um fator natural do ser humano, automático entre a legitimidade do que lhe pertence e seus reflexos no interesse da coletividade. Tais valores perderam-se pelo tempo e infelizmente fazem parte uma positivação utópica, onde não se proporciona para o indivíduo nem o seu direito à propriedade, distanciando-se cada vez mais da efetivação de sua função social.

É esta realidade que os instrumentos reguladores da ordem urbanística tem a incumbência de modificar, sob a luz de um novo olhar dos mecanismos legais do Estatuto da Cidade e do plano diretor, desmistificando apenas um direito a cidade, mais um direito a sustentabilidade nas cidades, determinando como um direito e um dever de todos em sua concretização, pois só assim se aproximará da condição inerente a função social da propriedade. (NALINI, 2011, p. 139)

Tratar dos encargos inerentes ao direito urbanístico transcendem a simples propriedade, mais integraliza a cidadania do indivíduo, tornar-se cidadão é fazer com que o indivíduo seja a prioridade do poder público, é fazer com que as diretrizes urbanísticas seja a chave para a efetivação da dignidade. É nestes preceitos que se legitima a relação de

interdependência entre poder público e sociedade, pois só através desta conjunto de reciprocidade que irá se atingir o escopo da norma, deixando a margem as obsoletas tessituras de contingência nas garantias e realizar a transposição da propriedade e principalmente a função social exercida na eficácia das normas constitucionais.

5 Considerações Finais

A responsabilidade de um meio ambiente, sadio, sustentável, igualitário transcende ao poder público estatal e determina uma relação de interdependência entre o desenvolvimento da sociedade e sua participação nos instrumentos reguladores da ordem urbanística.

Com o desenvolvimento da sociedade, evidencia-se a necessidade da aplicação de uma priorização mais incisiva, disposta a modificar desenvolvimento da ordem urbanística para de estabelecer dos direitos inerentes a dignidade da pessoa humana da sociedade e integralizar o cidadão, na participação da ordem urbanística.

Assim sendo, tratar as políticas urbanas, como responsabilidade exclusivamente pública é um descompasso, pois as modificações do direito à propriedade e seus direitos correlacionados, só surtirão seus efeitos se executadas a partir de uma relação interdependente, para que não se legisle simbolicamente, mais que tenha a sua aplicação baseada nos preceitos intrínsecos a dignidade da pessoa humana dos cidadãos que aguardam a sua tão esperado justiça social ambiental.

O direito de propriedade só atingirá sua função social, quando estabelecer uma relação de desenvolvimento sustentável, concretizando os direitos imediatista sociais sem restringir os direitos das futuras gerações. É esta visão multidisciplinar que deve orientar o poder público e a sociedade na política urbanística, para que se aplique uma norma programática e desmistifique o simbolismo por trás da concretização da função social da propriedade e traga a efetividade do direito de viver em sociedade.

6 Referências bibliográficas

ALVARENGA, Luiz Carlos. A concessão de uso especial para fins de moradia como instrumento de regularização fundiária e acesso à moradia. **Revista de direito imobiliário.** Brasília, v, 65, Dez, 2011. Disponível em: < http://www.cjf.jus.br / caju/FUNDIARIA-2.pdf > Acesso em 19 de abril de 2015.

ACSELRAD, Henri. (coord.). **A duração das cidades**: sustentabilidade e risco nas políticas urbanas. 2ª ed. Rio de Janeiro> Lamparina, 2009.

BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade**; por uma teoria geral da política.17ª reimpressão. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2011.

CANUTO, Elza Maria Alves. **O direito à moradia urbana como um dos pressupostos para a efetivação da dignidade da pessoa humana**. 2008. 342 f. Tese (Doutorado em geografia) -Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia.
BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF, Senado, 1998.

BRASIL. **Estatuto da Cidade: Lei 10.257/2001**. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10257.htm. Acesso em 28 de maio de 2015.

COSTA, Maria Amélia. **O direito à moradia urbana e a necessidade da análise das normas do estatuto da cidade à luz do princípio da dignidade da pessoa humana**. 2007. 138 f. Dissertação (Mestrado em Direito) -Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro.

DURKHEIM, Emile. **As regras do método sociológico.** 3ed. São Paulo: Martins Fontes:2007.
FRANZONI, Júlia Ávila. **Política urbana na ordem econômica**. 1ª ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014.

MASCARO, Alysson Leandro. **Estado e Forma política.** 1ª ed. São Paulo: Boitempo, 2013.

MATIAS, Jefferson Ortiz. **Áreas verdes como elemento da cidade sustentável**. 2006. 120f. Dissertação (Mestrado em Direito Ambiental) - Universidade do Estado do Amazonas, Manaus.

MELLO, Henrique Ferraz de. Regularização fundiária inominada urbana. **Revista de Direito Imobiliário**. Brasília, v 74, Jan, 2013. Disponível em: < http://www.cjf.jus.br/caju/FUNDIARIA-7.pdf>. Acesso em 21 de abril de 2015.

MENDES, Jefferson Marcel Gross. Dimensões da sustentabilidade. **Revista das Faculdades Santa Cruz**, v. 7, n. 2, julho/dezembro, 2009.

MENKES, Monica. **Eficiência energética, Políticas públicas e sustentabilidade**. 2004. 293 f. Tese (doutorado). Universidade de Brasília. Centro de desenvolvimento sustentável, Brasília.

MILARÉ, Édis. Machado, Paulo Affonso Leme (coord.). **Direito Ambiental:** meio ambiente urbano. (Coleção doutrinas essenciais; v. 3). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

NALINI, José Renato e LEVY, Wilson (coord.). **Regularização Fundiária**. 2ª ed. ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NALINI, José Renato. **Direitos que a cidade esqueceu**. 1. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NETO, Silvio Beltramelli. **Amplitude das obrigações do empregador frente ao direito à moradia do trabalhador migrante.** 2013. 216f. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo, São Paulo.

OLIVEIRA FILHO, João Telmo**. A participação popular no planejamento urbano: A experiência do plano diretor de Porto Alegre**. 2009. 332f. Tese (Doutorado em Planejamento Urbano e Regional). Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.

RIBEIRO, Christiano Dornelles. **O princípio da participação social na gestão dos riscos da biotecnologia no Brasil: Consolidação do Estado Democrático Ambiental e diálogos entre sociedade civil organizada, sociedades científicas e governo na composição da CTNBIO**. 2013. 271f. Dissertação (mestrado em Direito). Universidade do Vale do Rio dos Sinos- Unisinos, São Leopoldo.

RODRIGUES, Dulcilene Aparecida Mapelli. **Moradia e Riscos urbanos:** Uma questão de normatização, ética e responsabilidade. 2012. 153f. Dissertação (Mestrado em direito público) Universidade do Vale do Rio dos Sinos. São Leopoldo.
SALDANHA, Eduardo Ercolani. **Modelo de avaliação da sustentabilidade socioambiental**. 2007. Tese (doutorado em engenharia de produção) – Universidade Federal de Santa Catarina Centro Tecnológico, Florianópolis.

SAETA, Fernanda Pereira. **Sustentabilidade urbana:** o desafio da construção de indicadores de sustentabilidade urbana. 2012. 198 f. Dissertação (Mestrado em Arquitetura e urbanismo) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo.

JUNIOR, Odoné Serrano. **O Direito humano fundamental à moradia digna: exigibilidade, universalização e políticas públicas para o desenvolvimento.** 2011. 264 f. Tese (Doutor em Direito). Pontifícia universidade católica do paraná centro de ciências jurídicas e sociais programa de pós-graduação em direito doutorado, Curitiba.

SILVA, Geovany Jessé Alexandre. **Cidades sustentáveis:** Uma nova condição urbana, 2011. 400 f. Tese (Doutorado em arquitetura e urbanismo) – Universidade de Brasília, Brasília.

A RELATIVIZAÇÃO DA IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA DE VULTOSO VALOR NA EXECUÇÃO CIVIL

Guilherme Silva Araujo[*]

Palavras-chave: Execução; Penhora; Impenhorabilidade; Bem de família.

Resumo: Ao analisarmos a redação dos artigos 1º e 5º da lei nº 8009 de 1990 chegamos à conclusão de que se demonstra como absolutamente impenhorável o imóvel utilizado para a residência da família, quando da inexistência de outros que satisfaçam a execução.

Neste passo, percebe-se que o legislador não positivou qualquer espécie de ressalva para a mencionada impenhorabilidade, colocando assim na vala comum imóveis de padrão luxuoso e pequenos casebres, deixando desta forma de atender apenas ao fim que se propôs a lei, mas também, servindo de proteção aos executados afortunados, que se valendo da letra da lei locupletam-se à custa de outrem e se mantém residindo em moradas de alto padrão enquanto os credores peregrinam em busca da satisfação de seus créditos.

Pretende-se neste estudo, na esteira do pensamento de Cândido Rangel Dinamarco, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Márcio Manoel **Maidame,** dentre outros autores apresentar argumentos que demonstrem a necessidade de haver um controle de constitucionalidade por parte do judiciário no sentido de permitir, em casos excepcionais que se penhore bem de família quando de valor vultoso, desde que remanesça valor suficiente para possibilitar a aquisição de nova residência digna por parte do Executado assim como pretendia a redação original da lei 11.382 de 6 de dezembro de 2006 ao propor o parágrafo único do artigo 650 do Código de Processo Civil vigente, que após aprovado pelo Congresso Nacional acabou vetado pelo presidente da República à época Luiz Inácio Lula da Silva.

Assim, além de analisar os aspectos gerais acerca do tema, bem como a legislação em vigor e os posicionamentos jurisprudenciais que defendem a relativização da impenhorabilidade do bem de alto valor, faz-se uma reflexão ainda acerca da

[*] Bacharel em Direito pela Universidade do Sul de Santa Catarina – UNISUL, Pós-graduando em Processo Civil Concretizado pela Universidade do Sul de Santa Catarina – UNISUL, Pós-graduando em Ciências Criminais pelo Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina – CESUSC, Advogado.

inconstitucionalidade do veto presidencial, que impediu a vigência do Projeto de Lei nº 4.497/04 proposto pelo Ministério da Justiça, que tinha como objetivo desfazer a incoerência mencionada e tentar dar maior efetividade ao processo de execução civil.

Para a elaboração deste artigo foi utilizado o modo de pesquisa bibliográfico, que se consistiu no exame de obras de vários autores das áreas do Direito Civil e Processual Civil e o método utilizado foi o dedutivo de abordagem, por meio do qual se partiu de conceitos gerais sobre processo de execução, penhora e impenhorabilidade do bem de família.

Keywords: Implementation; Attachment; Unseizability; Family well.

Abstract: In reviewing the wording of Articles 1 and 5 of the 1990 Law No. 8009 we came to the conclusion that demonstrates how absolutely impenhorável the property used for the residence of the family, when there are no other satisfying execution.

In this step, we can see that the legislature did not positivou any sort of caveat to the above-mentioned unseizability, making the mass grave luxurious standard of real estate and small shacks, leaving this way to meet only after it proposed the law, but also, serving protection fortunate to run, that drawing upon the letter of the law locupletam to the expense of others and remains living in high-end mansions while lenders pilgrims in search of satisfaction of their credits.

It is intended in this study, following the thought of Cândido Rangel Dinamarco, Luiz Guilherme Marinoni Sergio Cruz Arenhart and Márcio Manoel Maidame, present arguments that demonstrate the need for a judicial review by the judiciary in order to allow, in cases exceptional that pawn and family when bulky value, since it remains an amount sufficient to enable the acquisition of new dignified residence by the Run, as well as intended to the original wording of the law 11,382 of 6 December 2006 to propose the § Article 650 of the Civil Procedure Code, which after approved by Congress just vetoed by the President of the Republic Luiz Inacio Lula da Silva.

Thus, in addition to analyzing the general aspects of the topic as well as the legislation and jurisprudential positions that defend the relativity of high value and the unseizability, it is still reflecting on the unconstitutionality of the presidential veto, which prevented the validity of Bill No. 4497/04 proposed by the Ministry of Justice, which aimed

to undo the mentioned inconsistency and try to give greater effectiveness to the civil enforcement proceedings.

For the preparation of this article was used bibliographic search mode, which consisted of the examination of works by various authors in the areas of civil law and civil procedure and the method used was deductive approach, through which broke general concepts about process execution, attachment and family and the unseizability.

1 introdução

O objetivo perseguido no presente escrito nem de longe é sepultar a discussão acerca da plausibilidade ou não acerca da penhora do bem de família, mas tão somente demonstrar, aos acadêmicos e operadores do direito, que em um prisma constitucional não se faz razoável considerar absolutamente impenhoráveis os bens de família de valor luxuoso nos processos de execução civil.

Antes de realizar uma análise crítica ao instituto da impenhorabilidade do bem de família se torna necessária uma curta abordagem acerca da positivação de tal vedação, bem como analisar brevemente o processo legislativo que fez constar em nosso ordenamento a impossibilidade de penhora do bem utilizado para moradia da família que não possua mais patrimônio.

Neste passo, Código de Processo Civil brasileiro de 1973, em seu artigo 649, que teve a redação mantida no Artigo 833 do Novo Código de Processo Civil estabeleceu quais seriam os bens absolutamente impenhoráveis.

Tal dispositivo demonstra-se como uma iniciativa do legislador em proteger alguns direitos básicos à subsistência do devedor, impondo limites assim para os atos expropriatórios no processo de execução civil, no sentido de vedar a penhora de bens de utilidade substancial.

A fim de regulamentar especificamente a proteção à moradia, que não se encontrava positivada de maneira cristalina no diploma legal citado acima, a Medida Provisória nº 143/90 foi convertida em lei em 29 de março de 1990 na lei nº 8009,

passando a dispor sobre a impenhorabilidade do bem de família, estabelecendo em seu artigo 1º que:

> O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei (BRASIL, 1990).

A inclusão legislativa supramencionada foi uma maneira de conceder densidade normativa ao texto constitucional no que diz respeito ao direito a moradia, que se encontrava abstratamente resguardado no artigo 6º da Constituição Federal de 1988, estabelecendo que "São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição" (BRASIL, 1988).

Segundo Azevedo (2002, p. 93), tal proteção denominada de impenhorabilidade do bem de família é "Um meio de garantir um asilo à família, tornando-se o imóvel onde a mesma se instala domicílio impenhorável e inalienável, enquanto forem vivos os cônjuges e até que os filhos completem sua maioridade".

A impenhorabilidade absoluta do bem de família se manteve inflexível durante anos, sendo reconhecida de maneira unânime pelos tribunais quando se buscava a satisfação de um crédito mediante a penhora de um bem que atendia os requisitos dos parágrafos 1º e 5º da lei 8009/90.

Neste diapasão, surgiu como recorrente argumento contrário à impenhorabilidade absoluta do bem de família a falta de critério para tratar de maneira diversa imóveis de valores diferentes. Ou seja, considerava-se impenhorável tanto um singelo casebre, quanto uma vultosa fazenda, deixando muitas vezes de efetivar-se a execução em prol de proteger um devedor que residia em propriedade luxuosa.

Neste sentido, surgiram correntes defendendo a ideia que, em certas ocasiões, tal impenhorabilidade deveria ser relativizada, tendo em vista que se chocava com alguns princípios constitucionais, tais como da Proporcionalidade e Dignidade da Pessoa Humana, considerando que não se faz razoável o exequente ser privado de receber seu crédito em detrimento de um devedor gozando de imóvel luxuoso protegido pelo absolutismo da lei.

Tais correntes resultaram em decisões isoladas pelos tribunais brasileiros, afastando a impenhorabilidade de residências que se sobrepunham a um padrão de vida normal, apesar de ser o único bem do devedor, tais como a Apelação Cível nº 7.018.819-1 oriunda **do Tribunal de Justiça de São Paulo,** relatada pelo Desembargadoror: Fernando Bueno Maia Giorgi em 27 de outubro de 2006, que restou assim ementada:

> PENHORA. Incidência sobre parte ideal de coisa indivisível. Admissibilidade. Recurso desprovido.
>
> PENHORA. Incidência sobre bens de família. Coisas suntuosas e de grandes dimensões, porém. Proteção legal que não pode favorecer o devedor que, mantendo residência suntuosa, causa prejuízo aos credores. Suficiência da redução das penhoras a partes ideais para que, após a conversão em dinheiro, os devedores possam adquirir moradias dignas. Recurso desprovido.
>
> EXECUÇÃO POR TÍTULO EXTRAJUDICIAL. Contraio de arrendamento com opção de compra. Cerceamento de defesa inexistente. Pretensões à obtenção de abatimento e à rejeição da coisa já acobertadas pela decadência. índice de correção monetária que foi pactuado e deve prevalecer. Multa moratória com incidência cumulativa e sucessiva, o que afronta a natureza de tal encargo. Incidência única corretamente determinada. Embargos procedentes sem parte Recursos desprovidos.[1]

Alguns magistrados, tais como o que exarou a decisão acima, passaram a julgar realizando uma interpretação extensiva da norma com base em princípios constitucionais, relativizando, assim, uma vedação legal que no olhar de festejados doutrinadores não foi recepcionada pela Constituição Federal, em especial pelo fato de se manter apenas ainda em vigor face ao posicionamento do presidente Luiz Inácio Lula da Silva que vetou o parágrafo único do artigo 650 do Código de Processo Civil, que havia sido aprovado pelo Congresso Nacional.

Deste modo, após estabelecido o conflito entre a letra da lei e a interpretação crítica de magistrados e doutrinadores à luz do neoconstitucionalismo, tal controvérsia alcançou o Superior Tribunal de Justiça, que tem se demonstrado conservador em suas decisões, conforme se perceberá na sequência deste artigo.

[1] Apelação Cível nº 7.018.819-1. **Tribunal de Justiça de São Paulo. Relator:** Desembargador Fernando Bueno Maia Giorgi, julgada em 27 de outubro de 2006.

2 Relativizar a impenhorabilidade ou não? Eis a questão!

Ao iniciarmos a abordagem da possibilidade ou não de se relativizar a impenhorabilidade do bem de família de vultoso valor, devemos partir da premissa constante na Lei 8.009/90 que veda absolutamente a possibilidade de expropriação do bem utilizado pela família como residência quando inexistirem outros bens, independente de seu valor.

Tal absolutismo, em nossa ótica se dá frente a omissão de um dispositivo legal que eleja um limite valorativo para que um imóvel seja considerado um bem de família, possibilitando assim que se proteja realmente o imóvel que merece ser protegido.

Nesta esteira, merece atenção a lição de Dinamarco (2001, p. 98), que critica veementemente a possibilidade de uma mansão, mesmo sendo o único imóvel do executado ser taxada de bem de família, nos seguintes termos:

> Não se legitima, por exemplo, livrar da execução um bem qualificado como impenhorável, mas economicamente tão valioso que deixar de utilizá-lo *in executivis* seria um inconstitucional privilégio concedido ao devedor. Pense-se na hipótese de um devedor arquimilionário mas sem dinheiro visível ou qualquer outro bem declarado, e que viva em luxuosa mansão; esse é o seu bem de família, em tese impenhorável por força da lei, (lei n. 8.009, de 29.3.90) mas que, em casos como esse, não se justificaria ficar preservado por inteiro.

Tal relativização seria, então, o ato do juiz mesmo que, inexistindo previsão legal, permitindo a expropriação do bem pertencente ao executado que possua valor acima de um padrão de vida razoável e ostente vultosidade.

Tal decisão do juiz deveria é claro, respeitar um limite de valor, no sentido de permitir que o devedor que teve seu imóvel luxuoso penhorado adquirisse outra residência digna, não desrespeitando assim o direito constitucional à moradia.

A relativização cá proposta tem apenas o escopo de aumentar a efetivação da tutela executiva, possibilitando que o julgador busque o real exercício do direito material constante no título descumprido, virando as costas, assim, para a proteção exagerada de quem caçoa da justiça e de sua ineficiência.

Este é o pensamento de Maidame (2007, p. 93), que ensina "Por isso, propõe-se que o juiz possa, em certos casos, ultrapassar as barreiras rígidas da impenhorabilidade, desde

que respeite o núcleo essencial os direitos do devedor". Núcleo essencial este, que consiste em seus direitos básicos, como a moradia.

Este, inclusive, era o conteúdo do Parágrafo único do Artigo 650 do Código de Processo Civil, instituído pela Lei nº 11.382/2006, aprovado pelo Congresso Nacional, porém, vetado pelo Presidente Luiz Inácio Lula da Silva.

Com o intuito de analisarmos mais a fundo o conceito desta relativização proposta, analisemos o que previa o acima mencionado projeto de lei.

3 Por que não se positivou a possibilidade acerca da penhora do bem de família de vultoso valor?

Após o advento da Lei nº 8.009/90, que positivou definitivamente a impenhorabilidade do bem de família como absoluta boa parte da doutrina passou a criticar a omissão da lei, no sentido de tratar como bem de família tanto um simples imóvel, quanto uma luxuosa propriedade, não estabelecendo parâmetros objetivos.

Deste modo, conforme analisamos no tópico anterior, passou a ser defendida por uma corrente de processualistas a possibilidade de se autorizar a penhora de bens exageradamente luxuosos, fazendo com que o processo executório se efetivasse.

Influenciada por tal posicionamento e por outras necessidades de atualização legislativa, a Câmara dos Deputados criou, em 2004, o projeto de lei n º 4.497/04, que restou aprovado na casa de origem, bem como no Senado Federal, vindo a transformar-se na lei nº 11.382 de 6 de dezembro de 2006, que alterou o Código de Processo Civil.

Ocorre que em meio a tal aprovação dois dispositivos propostos foram vetados pelo Presidente da República em exercício na época. O primeiro deles foi o § 3º do artigo 649, que propunha a seguinte redação:

> § 3º Na hipótese do inciso IV do caput deste artigo, será considerado penhorável até 40% (quarenta por cento) do total recebido mensalmente acima de 20 (vinte) salários mínimos, calculados após efetuados os descontos de imposto de renda retido na fonte, contribuição previdenciária oficial e outros descontos compulsórios (BRASIL, 2006).

E, da mesma maneira, restou vetado o parágrafo único do artigo 650, ambos do Código de Processo Civil, que possuía a seguinte redação:

> Parágrafo único. Também pode ser penhorado o imóvel considerado bem de família, se de valor superior a 1000 (mil) salários mínimos, caso em que, apurado o valor em dinheiro, a quantia até aquele limite será entregue ao executado, sob cláusula de impenhorabilidade (BRASIL, 2006).

Tais dispositivos visavam, de certa maneira, colaborar para dar maior efetividade ao Processo Civil Brasileiro no sentido de equilibrar os direitos do executado e exequente, diminuindo a proteção exacerbada aos bens do devedor, proteção esta que, que indubitavelmente, incentiva o calote.

O disposto no parágrafo único do artigo 650 se demonstraria como a positivação da relativização da impenhorabilidade do bem de família que aqui se propõe e quebraria o dogma da impenhorabilidade absoluta do bem de família possibilitando que incontáveis credores enxergassem uma luz no fim do túnel do imbróglio sem fim que é o processo de execução.

Neste trilho é pertinente a crítica de Dinamarco (2009, p. 390, grifos do autor) acerca do veto realizado pelo Presidente Luiz Inácio Lula da Silva:

> Pressionado por um conhecidíssimo político que notoriamente não é flor de lisura, sendo seu parceiro em manobras de bastidores e também comparsa de conhecido estelionatário causador de danos a um grande universo de depositantes e aplicadores, o Presidente da República vetou tal disposição, com a hipócrita alegação de que "apesar de razoável, a proposta quebra a tradição surgida com a lei n. 8.009, de 1990, que 'dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família, no sentido da impenhorabilidade do bem de família independente do valor". Disse ainda: "avaliou-se que o vulto da controvérsia em torno da matéria torna conveniente a *reabertura do debate* a respeito mediante o veto ao dispositivo".

Segue a mesma linha a lição de Marinoni e Arenhart (2012, p. 261), no seguinte sentido:

> O motivo apontado para o veto é apenas a necessidade de maior amadurecimento das propostas contidas nas regras, o que, evidentemente, não constitui razão suficiente para autoriza-lo. O espaço para a discussão da viabilidade de nova disciplina jurídica é exatamente o Legislativo, não se admitindo que o Executivo possa alegar, não obstante a decisão legislativa pela instituição da regra, que o seu conteúdo deve ser melhor discutido.

Acontece que a mencionada necessidade acerca de um debate mais aprofundado sobre a questão jamais ocorreu, e o assunto caiu no esquecimento do legislativo, valendo até os dias de hoje a arcaica e omissa redação da lei 8.009/90 no sentido de não se admitir a penhora do bem de família, independente de seu valor.

Ainda sobre o equívoco do Presidente da República em vetar o dispositivo que autorizava a penhora de imóveis luxuosos, Marinoni e Arenhart (2012) entendem que o erro não foi apenas político e técnico, mas também eivado de inconstitucionalidade; isto levando em conta que o controle de constitucionalidade, neste momento do processo de formação das leis, cabe ao próprio legislativo, e não ao executivo, salvo se o veto for fundamentado na afronta do projeto de lei à Constituição Federal, ou quando contrarie o interesse popular.

Neste sentido, é defendida ainda pelos autores acima citados a possibilidade de o judiciário exercer tal controle de constitucionalidade de duas maneiras: por via direta, que deveria ter ocorrido em tempo do veto, por meio da Suprema Corte, ou por via incidental, de modo que qualquer juiz poderá relativizar a impenhorabilidade do bem de família de vultoso valor levando em conta a inconstitucionalidade do veto que lhe impediu de figurar no ordenamento vigente.

Neste passo, em que pese tal possibilidade defendida pela doutrina é esmagadoramente minoritária a corrente nos tribunais estaduais que aplica em casos concretos a relativização da impenhorabilidade do bem de família de vultoso valor, inclusive se demonstrando como missão espinhosa encontrar julgados neste sentido.

Cabe salientar inclusive que a ausência de julgados acerca do tema se dá em primeiro plano em face ao desestímulo dos advogados em combater o que se encontra positivado na norma, deste modo, são raros os procuradores que por meio de recursos ascendem às instâncias superiores a fim de penhorar um bem de família valioso, haja vista que se faz cediço que é altíssimo o risco de improcedência do pedido.

4 A aplicação da relativização do bem de família pelos tribunais

Mesmo frente a pouca demanda neste sentido, alguns casos já foram decididos pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina que contrário à linha defendida por este artigo vem ao longo dos anos decidindo por interpretar a lei de maneira literal, abstendo-se de fazer valer a razoabilidade. Neste passo serão analisados julgados de épocas distintas, demonstrando também se houve ou não modificação dos tribunais acerca da matéria.

Neste sentido, colhe-se o seguinte deste julgado de 1992:

> BEM DE FAMÍLIA - LEI N. 8.009/90 - COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA - AUSÊNCIA DE QUITAÇÃO - IMÓVEL HIPOTECADO - IMPENHORABILIDADE AINDA ASSIM OPONÍVEL - AQUISIÇÃO DE MANSÃO - IRRELEVÂNCIA FRENTE AOS TERMOS DA LEI - AQUISIÇÃO DE MÁ FÉ DE IMÓVEL MAIS VALIOSO PARA TRANSFERIR A RESIDÊNCIA FAMILIAR (ART. 4o., DA LEI 8.009/90) - NECESSIDADE DE AÇÃO ADEQUADA PARA O FIM DE TRANSFERIR A IMPENHORABILIDADE PARA A MORADIA FAMILIAR ANTERIOR, OU ANULAR-LHE A VENDA, LIBERANDO A MAIS VALIOSA PARA A EXECUÇÃO, POR NÃO PERMITIR O TRASLADO ESSA SOLUÇÃO NO ÂMBITO DA PREDITA AÇÃO, UMA VEZ QUE EMERGE O DEVEDOR APENAS COMO PROMITENTE ADQUIRENTE, VIA PERMUTA, DE APARTAMENTO AINDA EM CONSTRUÇÃO, ENQUANTO O IMÓVEL PENHORADO É O ÚNICO COMPROVADAMENTE DE QUE DISPÕE PARA RESIDÊNCIA PRÓPRIA E DA FAMÍLIA - DESPACHO, QUE DECLARA INEFICAZ A PENHORA, SUBSISTENTE - AGRAVO DESPROVIDO - ARTIGOS 3o., II, 4o. e 5o., DA LEI 8.009/90>[2]

Deste mesmo julgado, colhe-se o seguinte trecho:

> Tampouco prevalece o argumento de que a proteção legal não incide sobre uma mansão. A lei, em se tratando de imóvel urbano, não faz nenhuma restrição acerca das dimensões ou do valor da moradia familiar, estabelecendo apenas que "para os efeitos de impenhorabilidade, de que trata esta lei, considera-se residência - único imóvel utilizado pelo casal ou pela entidade familiar para moradia permanente" (art. 5o.), prescrevendo o seu parágrafo único que a impenhorabilidade recairá, no caso de se tratar de vários imóveis residenciais, sobre o de menor valor.

Importante nos atentarmos para a data da decisão, que foi proferida logo após o início da vigência da lei nº 8.009/90, e muito anterior à Lei nº 11.382/2006, porém, demonstra de maneira cristalina o engessamento do pensamento sobre o tema tendo em vista que as decisões mantém hodiernamente o mesmo pensamento conservador.

[2] Agravo de Instrumento n° 6.911. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Relator João José Schaefer., julgado em 10 de setembro de 1992.

Neste mesmo sentido, este julgado do ano de 2002 também do Tribunal de Justiça de Santa Catarina não autoriza a penhora de imóvel constituído por vários lotes:

> Embargos de terceiro. Execução. Bem de família. Imóvel composto por vários lotes. Matrículas unificadas. Impenhorabilidade do todo. Lei nº 8.009/90. Honorários advocatícios. Redução.
> Com a edição da Lei n. 8.009/90, a par do bem de família convencional, estabeleceu-se outro, independente de instituição voluntária, pondo a salvo de penhora o imóvel residencial, próprio do casal ou da entidade familiar, que não responde pelas dívidas contraídas pelos cônjuges, pais ou filhos que sejam seus titulares e nele residam.
> O texto legal excetua, em rol taxativo, os casos que escapam a sua proteção (arts. 2°, 3° e 4°) e dele nada consta a respeito da dimensão ou do valor do imóvel. Portanto, em princípio, mesmo a área de grande extensão - composta por vários lotes, mas com matrículas unificadas [3].

O fundamento para tal negativa se dá apenas pelo fato de haver uma única matrícula, todavia, poderia facilmente o imóvel ser constrito à dívida saldada, e ser resguardado um valor razoável para aquisição de nova residência.

Em decisão mais recente, o Tribunal Catarinense permitiu a penhora de imóvel alegado pelo executado como bem de família. Vale ressaltar que o argumento de suntuosidade do imóvel não foi o único a fundamentar a decisão, porém, cabe como lição a sapiente colocação do juízo no sentido de enfatizar o alto valor do imóvel que nos faz crer que existe luz no fim do túnel.

Nestes termos, vejamos tal acórdão:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE SENTENÇA. PEDIDO DE IMPENHORABILIDADE DE IMÓVEL POR SER BEM DE FAMÍLIA. PROVAS INSUFICIENTES NO SENTIDO DE QUE O BEM É UTILIZADO PARA MORADIA. IMÓVEL DE ELEVADO VALOR E GRANDE METRAGEM. EXECUTADO QUE NÃO FOI LOCALIZADO NO IMÓVEL, ALÉM DE DEPOIMENTO DE SEU VIZINHO NO SENTIDO DE QUE TEM DOMICÍLIO EM OUTRA CIDADE. DECISÃO REFORMADA. RECURSO PROVIDO PARA MANTER A PENHORA.
> Assim, conjugando as transferências dos imóveis à sogra, a dificuldade de se encontrar o agravado no endereço de sua suposta residência, bem como a certidão de fé pública com testemunho de vizinho dizendo que o agravado é domiciliado em Florianópolis, não há como manter a impenhorabilidade suscitada. Ademais, tem-se que o imóvel tem 1.140m² (mil, cento e quarenta metros quadrados - fl. 36), e vale quase R$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais - fls. 39 a 41).[4]

[3] Apelação Cível nº 00.003420-7. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Relator: Pedro Manoel Abreu. Julgado em 06 de junho de 2002.

No cenário nacional a controvérsia ganha um contorno diverso, sendo encontradas algumas decisões no Tribunal de Justiça de São Paulo por exemplo, no sentido de possibilitar a contrição de bens protegidos pela impenhorabilidade absoluta, quando estes fossem de exagerado valor.

Tais julgados surgem como um alento aos defensores de um processo de execução realmente efetivo, demonstrando, assim, que existe uma linha do Poder Judiciário que exerce sua função buscando realmente atender aos anseios da sociedade e de maneira substancialista acompanhando as influências operados pelo costume, bem como julgando a partir de um prisma constitucional.

Neste sentido leia-se:

> PENHORA - BEM DE FAMÍLIA - Execução por título extrajudicial - Confissão de dívidas - Penhora de imóvel pertencente ao co-executado - Alegação de que ele se trata de 'bem de família' - Acolhimento que deve ser feito com ressalvas diante das peculiaridades do caso - Imóvel extremamente suntuoso, possuindo mais de 700 metros quadrados - Devedor que, antes do ajuizamento da presente ação, transferiu outros dezessete imóveis seus a terceira empresa em evidente dissipação do patrimônio - Direito do credor que também deve ser protegido - Hipótese de acolhimento parcial do recurso a fim de que a penhora seja mantida e o imóvel seja levado à hasta pública, devendo, contudo, metade do produto alcançado em relação à quota parte penhorada, ser revertida em proveito do devedor, a fim de que possa adquirir outro imóvel para albergar a si e a sua família - Decisão reformada - Recurso parcialmente provido"[5].

Na presente decisão, o julgador utiliza o conteúdo do artigo 650, Parágrafo Único do Código de Processo Civil, mesmo que vetado. O presente julgado também tratou de trazer para a prática processual as sábias lições dos professores Cândido Rangel Dinamarco, Luiz Guilherme Marinoni, Sergio Cruz Arenhart, dentre outras já expostas na presente pesquisa.

[4] Agravo de Instrumento n° 2012.009862-4. Tribunal de Justiça de Santa Catarina .Relator: Carlos Prudêncio. Julgado em 12 de março de 2013.
[5] Agravo de Instrumento nº 0015059-48.2011.8.26.0000. Tribunal de Justiça de São Paulo. Relator: Jacob Valente. Julgado em, 01 de junho de 2011.

Na mesma linha, nesta outra decisão também do Tribunal de Justiça de São Paulo, o julgador enfatizou que o direito de habitação que é a base da impenhorabilidade do bem de família não resta prejudicado no caso de reservado valor suficiente para a aquisição de nova residência:

> EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL - PENHORA - IMÓVEL - DECISÃO OUE REJEITOU A IMPUGNAÇÃO OFERTADA PELA RECORRENTE MANTENDO A PENHORA SOBRE O IMÓVEL EFETUADA NOS AUTOS DE EXECUÇÃO - INTERPRETAÇÃO TEOLÓGICA DO ARTIGO 1o, DA LEI 8.009/09, REVELA QUE O OBJETIVO DA NORMA NÃO É PROTEGER O DEVEDOR, MAS SIM O BEM-ESTAR DA FAMÍLIA - IMÓVEL DE ALTO PADRÃO, CARACTERIZADO - IMPENHORABILIDADE QUE NÃO É ABSOLUTA - NECESSIDADE, NO ENTANTO, DE AVALIAÇÃO ESPECÍFICA DA RESIDÊNCIA, CUJO VALOR DEVE SER RESERVADO NA ALIENAÇÃO, PARA GARANTIA DO DIREITO DE HABITAÇÃO - DECISÃO MANTIDA.[6]

Deve ser ressaltada a sapiência das decisões expostas acima no que tange a real perseguição da justiça, realizando os Desembargadores a real aplicação da justiça que lhes é dever.

Não se sugere, no presente trabalho que o magistrado extrapole seus poderes sobrepondo-se à norma positivada, mas que julgue no sentido de preencher as omissões constantes na lei por conta da ineficiência do parlamento, que sabe-se legisla sem compromisso com o efetivo desenvolvimento do direito, mas muitas vezes apenas com base em interesses próprios.

Seguindo a linha do tribunal paulista, porém sem tanta clareza quanto aos argumentos manejados, colhe-se o presente julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que também coaduna com a tese aqui apresentada:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. NEGÓCIOS JURÍDICOS BANCÁRIOS. DIREITO CIVIL. OBRIGAÇÕES. ESPÉCIES DE TÍTULOS DE CRÉDITO.
> Bem imóvel de alto padrão. Ausência de elementos probatórios efetivos de que se trate de bem de família. Impenhorabilidade afastada.
> AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO. UNÂNIME.
> Verifica-se também, que com a alienação do imóvel os agravados podem saldar o seu débito e adquirir residência digna em qualquer zona nobre desta capital, ainda que não corresponda ao alto-padrão que ostenta o apartamento penhorado. Neste sentido, de dizer que não foi a intenção do legislador, ao instituir a impenhorabilidade do bem de família, proteger vultuosa propriedade urbana em detrimento dos direitos dos credores, mas sim o direito à moradia, o qual, *in casu*, não sofrerá cerceamento.[7]

[6] Agravo de Instrumento nº 0024985-19.2012.8.26.0000. Tribunal de Justiça. São Paulo, Relator: Fernandes Lobo. São Paulo, julgado em 19 de julho de 2012.

Apesar de não ser causa exclusiva de provimento do recurso, a questão do alto valor do imóvel foi abordada de maneira concreta no acórdão, no sentido de afirmar que não foi a intenção do legislador proteger as grandes propriedades, prejudicando, assim, o direito do credor.

As decisões que acolhem a teoria da relativização da impenhorabilidade do bem de família luxuoso, apesar de raras, são didáticas ao demonstrar que o absolutismo em se proteger bens de valor elevado do devedor afronta diretamente os princípios constitucionais.

Entretanto, apesar de festejada, a coerência apresentada em certos julgados dos Tribunais de São Paulo e do Rio Grande do Sul não é compartilhada pelo Superior Tribunal de Justiça que adota posicionamento formalista, decidindo em todos os casos em favor de manter a impenhorabilidade independente do valor do imóvel.

Neste rumo, verifica-se o presente julgado:

> RECURSO ESPECIAL - DIREITO CIVIL - QUESTÃO PRELIMINAR - JULGAMENTO PROFERIDO POR CÂMARA COMPOSTA MAJORITARIAMENTE POR JUÍZES CONVOCADOS - POSSIBILIDADE, DESDE QUE OBSERVADOS PARÂMETROS LEGAIS - PRECEDENTES - EXISTÊNCIA DE VÍCIO REDIBITÓRIO E O PROSSEGUIMENTO DAEXECUÇÃO DA FORMA MENOS ONEROSA AO DEVEDOR PREQUESTIONAMENTO - AUSÊNCIA - INCIDÊNCIA DA SÚMULA 211/STJ - PENHORA - PARTE IDEAL DE IMÓVEL - POSSIBILIDADE - PRECEDENTES - BEM DE FAMÍLIA - AVALIAÇÃO - JUÍZO DINÂMICO - BEM IMÓVEL DE ELEVADO VALOR - IRRELEVÂNCIA, PARA EFEITOS DE IMPENHORABILIDADE - ÍNDICE DE CORREÇÃO MONETÁRIA - DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL - DEMONSTRAÇÃO - INEXISTÊNCIA - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - MULTA - IMPOSSIBILIDADE - INTUITO PROCRASTINATÓRIO -AUSÊNCIA - INCIDÊNCIA DA SÚMULA 98/STJ - RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, PARCIALMENTE PROVIDO.[8]

Do interior do presente Acórdão, colhe-se a seguinte argumentação, que com todo o respeito aqui se discorda:

[7] Agravo de Instrumento nº 70029594298. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Relator Elaine Harzheim Macedo, julgado em28 de maio de 2009.
[8] **Recurso Especial nº** 1178469 SP 2010/0021290-0. BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça.** Relator: Ministro Massami Uyeda, Brasília, julgado em 18 de novembro de 2010.

> VI - O art. 3º da lei nº 8.009/90, que trata das exceções à regra da impenhorabilidade, não faz traz nenhuma indicação concernente ao valor do imóvel. Portanto, é irrelevante, para efeitos de impenhorabilidade, que o imóvel seja considerado luxuoso ou de alto padrão. Precedente da eg. Quarta Turma.

No mesmo sentido:

> PROCESSUAL CIVIL. DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. INEXISTÊNCIA. ATO. GOVERNO LOCAL. AUSÊNCIA. DEMONSTRAÇÃO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. IMPENHORABILIDADE. BEM DE FAMÍLIA. PRECEDENTES.
> 1. Configura-se deficiente a fundamentação do apelo nobre, atraindo a incidência da Súmula 284/STF, se o recorrente não indica qual o ato de governo local contestado em face de lei federal teria sido julgado válido pelo Tribunal de origem, de modo a viabilizar o inconformismo pela alínea "b" do permissivo constitucional.
> 2. Para a análise da admissibilidade do recurso especial pela alínea "c" do permissivo constitucional, torna-se imprescindível a indicação das circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados, mediante o cotejo dos fundamentos da decisão recorrida com o acórdão paradigma, a fim de demonstrar a divergência jurisprudencial existente (arts. 541 do CPC e 255 do RISTJ). Nesse sentido, confira-se o AgRg no Ag 1053014/RN, Rel. Min. JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 15.09.2008. Malgrado a tese de dissídio jurisprudencial, o recorrente não realizou o necessário cotejo analítico, que não se satisfaz pela mera transcrição de ementas ou votos, não restando demonstradas, assim, as circunstâncias identificadoras da divergência entre o caso confrontado e o aresto paradigma. Outrossim, não resta aperfeiçoado o apontado dissídio jurisprudencial, se os paradigmas colacionados são oriundos do mesmo Tribunal prolator do acórdão recorrido. Incidência da Súmula 13/STJ.
> 3. O bem de família, tal como estabelecido em nosso sistema pela Lei 8.009/90, surgiu em razão da necessidade de aumento da proteção legal aos devedores, em momento de grande atribulação econômica decorrente do malogro de sucessivos planos governamentais. A norma é de ordem pública, de cunho eminentemente social, e tem por escopo resguardar o direito à residência ao devedor e a sua família, assegurando-lhes condições dignas de moradia, indispensáveis à manutenção e à sobrevivência da célula familiar.
> 4. Ainda que valioso o imóvel, esse fato não retira sua condição de serviente a habitação da família, pois o sistema legal repele a inserção de limites à impenhorabilidade de imóvel residencial.
> 5. Recurso conhecido em parte e, na extensão, provido.[9]

Nesta senda, podemos concluir que apesar de parte da doutrina, bem como alguns magistrados defenderem a possibilidade de se relativizar a impenhorabilidade do bem de

[9]Recurso Especial nº Nº 715.259 SP 2005/0000624-9. Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro Luis Felipe Salomão julgado em 05 de agosto de 2010.

família de vultoso valor, o que vemos nos tribunais superiores é uma aplicação restrita da norma que afasta de plano a carga valorativa dos princípios constitucionais, deixa de realizar de maneira efetiva o processo executório.

5 Penhorar o bem de família de vultoso valor, por que não?

Por mais que tenha sido de grande valia a intenção do legislador ao proteger a moradia por meio da redação atribuída ao artigo 1.º da Lei 8.009, faz-se inegável que houve omissão no que tange ao valor do bem imóvel que se sujeita à proteção legal.

O referido dispositivo não fez distinção alguma entre imóveis de elevado ou baixo valor, entre a mansão e o casebre, entre o palacete e o barraco. O tratamento padronizado utilizado em situações tão diferentes em nosso ver não permite uma concreta resolução do caso concreto, tornando-se fonte de incontáveis injustiças.

Neste sentido, o efeito prático da possibilidade de penhora do bem de família de vultoso valor vai muito além da resolução de um caso concreto com a satisfação de um crédito. Mas demonstra-se como um avanço considerável na busca pela efetividade da jurisdição, justamente naquele que é um dos maiores gargalos do processo civil, o processo de execução.

É esta a ideia de Dinamarco (2004), que entende como solução prática para combater o tratamento desigual na fase executória, que se permita a penhora do bem de família luxuoso, leve-o à arrematação e reserve parte do dinheiro obtido para que o devedor adquira outra razoável residência.

Tal posicionamento é a genuína tentativa de colocar em prática o princípio constitucional da proporcionalidade, buscando aplicar, de maneira isonômica o que vem positivado em nossa legislação.

Argumento recorrente entre aqueles que defendem a ideia da relativização da impenhorabilidade do bem de família de vultoso valor, é a aplicação do princípio constitucional da proporcionalidade na análise de casos em que se busque a expropriação de bens de luxuosos.

Cristóvam (2006. p. 211) conceitua o princípio da proporcionalidade da seguinte maneira:

> A proporcionalidade é uma máxima, um parâmetro valorativo que permite aferir a idoneidade de uma dada medida legislativa, administrativa ou judicial. Pelos critérios da proporcionalidade pode-se avaliar a adequação e a necessidade de certa medida, bem como, se outras menos gravosas aos interesses sociais não poderiam ser praticadas em substituição àquela empreendida pelo Poder Público.

Deste modo, colhemos o ensinamento de que aplicar a proporcionalidade nada mais é do que analisar se o ato legislativo administrativo ou judicial condiz com os preceitos basilares do estado democrático de direito. Em outras palavras, o julgador não deverá julgar como uma máquina, aplicando apenas aquilo que vem sendo positivado, pelo fato de que cabe ao judiciário, quando da omissão ou equívoco da norma, fazer cessar efeitos inconstitucionais, de modo que não afronte uma garantia fundamental.

Ainda acerca do dever do magistrado em controlar a constitucionalidade dos atos legislativos, vejamos a lição de Barroso (1996, p. 327):

> Por ser uma competência excepcional, que se exerce em domínio delicado, deve o Judiciário agir com prudência e parcimônia. É preciso ter em linha de conta que, em um Estado democrático, a definição das políticas públicas deve recair sobre os órgãos que têm o batismo da representação popular, o que não é o caso de juízes e tribunais. Mas, quando se trate de preservar a vontade do povo, isto é, do constituinte originário, contra os excessos de maiorias legislativas eventuais, não deve o juiz hesitar. O controle de constitucionalidade se exerce, precisamente, para assegurar a preservação dos valores permanentes sobre os ímpetos circunstanciais. Remarque-se, porque relevante, que a última palavra poderá ser sempre do Legislativo. É que, não concordando com a inteligência dada pelo Judiciário a um dispositivo constitucional, poderá ele, no exercício do poder constituinte derivado, emendar a norma constitucional e dar-lhe o sentido que desejar.

É neste sentido o posicionamento de outros autores que entendem que deva ser proporcional a atuação do juiz, de maneira a buscar sempre a execução efetiva, porém, sem abusar todavia da esfera pessoal do executado.

Silva (1993, p. 30) leciona que aplicar a norma acerca da impenhorabilidade como está positivada, sem fazê-lo de acordo com a proporcionalidade, é o mesmo que "colocar na 'vala-comum' milionários e falidos, ricos e pobres. Um proprietário de modesto imóvel terá

a mesma proteção que aquele que tenha mansão cujo valor é equivalente ao de vários imóveis pequenos ou médios".

Desta maneira, seria plenamente viável valer-se da proporcionalidade como maneira de solucionar os conflitos entre as garantias à moradia do devedor e o direito ao crédito do executado.

Tal aplicação da proporcionalidade deveria se dar perante uma análise de cada caso em concreto, fazendo, assim, ser materializada a real busca pela justiça estabelecida em nossa constituição.

Propõe-se, no presente artigo, com base em algumas acertadas decisões judiciais, bem como seguindo a lição de renomados juristas, que as decisões acerca da penhorabilidade dos bens de família de vultoso valor sejam analisadas à luz do princípio da proporcionalidade.

Tal abordagem tem como objetivo, além de buscar a real efetivação do processo executório, limitar a proteção exagerada que se estabeleceu acerca dos bens do devedor. Proteção esta que surgiu para amparar o devedor que beira as raias da miserabilidade e que, ao ver-se em situação de desespero, tem apenas seu teto como patrimônio, mas que acaba por proteger o caloteiro que resida em luxuosa residência.

Acerca do conflito entre a proteção do devedor e o dever do estado em fazer valer a tutela jurisdicional, faz a seguinte reflexão o professor Neves (s. d., p. 25):

> Sendo o bem de família instituto que visa a garantia mínima de preservação da dignidade humana do executado, mantendo-o com no mínimo uma moradia para seguir adiante com sua vida, a mesma preocupação deve ser também estendida ao exequente, que também tem dignidade humana, aliás, na mesma medida daquela que se procurou preservar para o devedor. É claro que um exequente rico, cuja não satisfação do crédito representará tão-somente um desfalque patrimonial, não estará sofrendo qualquer restrição à sua dignidade humana. Mas e o exequente que se não receber o valor da dívida contraída passará por evidentes privações e sacrifícios, por vezes até mesmo sendo levado a mais absoluta miserabilidade?

Tal lição remete à conclusão de que a relativização da impenhorabilidade do bem de família de vultoso valor se apresenta como uma maneira de equilibrar este conflito entre a proteção à moradia, guarnecida pela constituição federal e posteriormente transformada no bem de família, e o dever do estado de forçar o devedor a cumprir aquilo estabelecido em um título executivo.

Neste sentido, caminha-se para as considerações finais com a intenção de expor a necessidade do estado em fazer valer a tutela jurisdicional, no sentido de concretizar aquilo previsto na Constituição Federal.

6 Considerações Finais

Com base em todo o exposto acima se chega à conclusão de que o processo de execução nada mais é do que o instrumento estatal para se exigir que o devedor coloque em prática aquilo que está estabelecido em uma obrigação oriunda de um título executivo.

Tal obrigação, quando não cumprida voluntariamente, merece guarida do poder judiciário para que seja o devedor compelido a adimpli-la.

Deve-se considerar que, quando o estado retirou do próprio exequente o poder de cobrar sua dívida com as próprias mãos, e trouxe para a si o ônus de garantir que os pactos e as sentenças fossem cumpridas, ele passa a ter a obrigadão assegurar que tal garantia seja efetiva, e não apenas ilusória.

Acerca do direito de ingressar com a ação e ver seu direito assistido, vejamos a lição de Marinoni (2008, pp. 172-173).

> Como consequência disso, há que entender que o cidadão não tem simples direito à técnica processual evidenciada na lei, mas direito a um determinado comportamento judicial que seja capaz de conformar a regra processual com as necessidades do direito material e dos casos concretos.

Neste diapasão, em confronto a este direito do exequente passam a existir institutos de proteção ao devedor, tais como a impenhorabilidade do bem de família.

Neste prisma, entende-se que tal instituto possui grande relevância em nosso ordenamento jurídico, em especial por instrumentalizar o direito constitucional à moradia, protegendo o devedor que se encontre em situação de miséria e tenha apenas uma morada para abrigar sua família.

No entanto, a crítica nuclear do presente artigo é justamente a ausência no ordenamento jurídico atual de equilíbrio entre tais direitos, do credor, e do devedor, fazendo com que o processo de execução de modo geral se demonstre como um procedimento confortável ao calote.

Assim tentou se demonstrar mediante a análise de julgados e de posicionamentos doutrinários que a impenhorabilidade do bem de família quando passa a ser uma forma de burlar a execução por parte do devedor que possua imóvel de valor luxuoso possa ser relativizada pelo magistrado.

Lembrando sempre que tal relativização deve resguardar sempre valor suficiente para aquisição de outro imóvel digno, nos exatos termos do que se propunha o parágrafo único do artigo 650 do Código de Processo Civil de 1973, dispositivo este que restou vetado.

Desta forma, conclui-se a explanação defendendo-se a ideia de que o juiz não deve se ater a letra fria da norma quando houver manifesta omissão, aplicando assim a lei sob o prisma da proporcionalidade e com base em uma análise principiológica.

Espera-se nesse sentido que as obras e decisões aqui expostas possam servir de norte aos que buscam informações acerca de tal controvérsia, bem como sirva de fonte para pesquisa aos que buscam argumentos com o escopo de pleitear tal relativização.

7 Resferências bibliográficas

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil**. 4 ed. rev. e atual. vol. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Bem de Família: Com Comentários à Lei 8.009/90**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora.** São Paulo. Saraiva. 1996.

BRASIL. **Lei nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973:** Institui Código de Processo Civil **Brasileiro,** Disponível em: **<**http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm>. Acesso em: 22 mai. 2015.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.>. Acesso em: 22 mai. 2015.

_____. **Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990**: Dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8009.htm>. Acesso em: 22 mai. 2013.

_____. **Lei nº 13.105, de 16 De março de 2015:** Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 28 mai. 2015.

_____. *Projeto de lei* **nº 51, de 2006**: Altera dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, relativos ao processo de execução e a outros assuntos, Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/Msg/Vep/VEP-1047-06.htm>. Acesso em: 22 mai. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça, R**ecurso Especial nº Nº 715.259 SP 2005/0000624-9.** São Paulo. Recorrentes Marden José Pinheiro Lima e Outro. Recorrido Enver Chede. Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Brasília, 05 de agosto de 2010. Disponível em: <http://academico.direitorio.fgv.br/wiki/Execu%C3%A7%C3%A3o_da_obriga%C3%A7%C3%A3o_de_pagar_quantia_-_Luiz_Gustavo_de_Castro_Teixeira>. Acesso em: 22 out. 2013.

BRASIL**.** ***Superior Tribunal de Justiça****, Recurso Especial nº* **1178469 SP 2010/0021290-0**. São Paulo. Recorrentes Luiz Marcos Suplicy Hafers e Outros. Recorrido Florida Agro Pastoril Ltda. Relator: Ministro Massami Uyeda, Brasília, 18 de novembro de 2010. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev5/files/JUS2/STJ/IT/RESP_1178469_SP_1295841641372.pdf>. Acesso em: 21 out. 2013.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Colisões entre princípios constitucionais**. Curitiba: Juruá, 2006.

DINAMARCO, **Cândido Rangel Nova era do processo civil.** São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. INSTITUIÇÕES DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL. **V.4, 3 ED. PG 385. SÃO PAULO: MALHEIROS, 2009.**

MAIDAME, Márcio Manoel, **Impenhorabilidade e direitos do credor**, 2. Rio de Janeiro: Forense, ***2007***.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Injustificados vetos presidenciais à Lei 11.382/06.** Disponível em: **<**http://www.professordanielneves.com.br/artigos/201011151759350.vetospresidenciaveis.pdf>. Acesso em: 29 out. 2013.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento nº 70029594298**. Porto Alegre. Agravante Banco do Brasil S/A. Agravados Josefina da Fonseca Ungaretti Lopes e Outro. Relator Elaine Harzheim Macedo. Porto Alegre, 28 de maio de 2009. Disponível em: <http://google8.tjrs.jus.br/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70029594298%26num_processo%3D70029594298%26codEmenta%3D2977377+AGRAVO+DE+INSTRUMENTO.+NEG%C3%93CIOS+JUR%C3%E7DICOS+BANC%C3%81RIOS.+DIREITO+CIVIL.+OBRIGA%C3%87%C3%95ES.+ESP%C3%89CIES+DE+T%C3%E7TULOS+DE+CR%C3%89DITO.+Bem+im%C3%B3vel+de+alto+padr%C3%A3o.+Aus%C3%AAncia+de+elementos+probat%C3%B3rios+efetivos+de+que+se+trate+de+bem+de+fam%C3%ADlia.+Impenhorabilidade+afastada.&site=ementario&client=buscaTJ&access=p&ie=UTF-8&proxystylesheet=buscaTJ&output=xml_no_dtd&oe=UTF-8&numProc=70029594298&comarca=Comarca+de+Porto+Alegre&dtJulg=28-05-2009&relator=Bernadete+Coutinho+Friedrich>. Acesso em: 07 out. 2013.

SANTA CATARINA, Tribunal de Justiça, **Agravo de instrumento n° 6.911**. Balneário Camboriú. Agravante Imobiliária Deltamar Ltda Agravados Atacadão da Eletricidade-ME, Hélio José Mora e Farmácia Santos Dumont. Relator João José Schaefer. Florianópolis 10 de setembro de 1992. Disponível em: < http://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3762805/agravo-de-instrumento-ag-539173/inteiro-teor-10944629>. Acesso em: 15 out. 2013.

_____. Tribunal de Justiça, **Apelação Cível nº 00.003420-7**. Xanxerê. Apelante Cuibá Diesel S.A. Indústria e Comércio de Veículos. Apelado Clessi Maria Pessoa da Silva. Relator: Pedro Manoel Abreu.F lorianópolis, 6 de junho de 2002. Disponível em: <http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=Embargos%20de%20terceiro.%20Execu%E7%E3o.%20Bem%20de%20fam%EDlia.%20Im%F3vel%20composto%20por%20v%E1rios%20lotes.%20Matr%EDculas%20unificadas.%20Impenhorabilidade%20do%20todo.%20Lei%20n%BA%208.009/90.%20Honor%E1rios%20advocat%EDcios.%20Redu%E7%E3o.&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAABAAHDygAAC&categoria=acordao>. Acesso em: 20 out. 2013.

_____. Tribunal de Justiça, **Agravo de Instrumento n° 2012.009862-4**. Forquilhinha. Agravante Ivonei Viebrantz e outro. Agravado Haickel Dequech e outro Relator: Carlos Prudêncio. Florianópolis, 12 de março de 2013. Disponível em: <http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=AGRAVO%20DE%20INSTRUMENTO.%20A%C7%C3O%20DE%20EXECU%C7%C3O%20DE%20SENTEN%C7A.%20PEDIDO%20DE%20IMPENHORABILIDADE%20DE%20IM%D3VEL%20POR%20SER%20BEM%20DE%20FAM%CDLIA.%20PROVAS%20INSUFICIENTES%20NO%20SENTIDO%20DE%20QUE%20

O%20BEM%20%C9%20&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAACAABK+yAAR&categoria=acordao>. Acesso em: 10 out. 2013

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça, *Apelação Cível nº.º* 7.018.819-1. São Paulo. Apelantes I,uiz Marcos Suplicy Ilafers e outros e Florida Aero Pastorial. Apelados I,uiz Marcos Suplicy Ilafers e outros e Florida Aero Pastorial. Relator: Dês Fernando Bueno Maia Giorgi**,** São Paulo, 27 de outubro de 2006. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=257887&cdForo=0 >. Acesso em: 20 mai. 2015.

_____. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento nº 0015059-48.2011.8.26.0000**. São Paulo. Agravante Bulktrade A. G. Agravado José Maria Salgado de Souza e outros. Relator: Jacob Valente. São Paulo, 01 de junho de 2011. Disponível em: <http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=5167193&vlCaptcha=zacha>. Acesso em: 20 out. 2013.

_____. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento nº 0024985-19.2012.8.26.0000**. São Paulo, Agravante Sonia Aparecida Castanhato Simões. Agravado Vik Assessoria Empresarial S/c Ltda. Relator: Fernandes Lobo. São Paulo, 19 de julho de 2012. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/diarios/38664218/djsp-judicial-2a-instancia-13-07-2012-pg-807>. Acesso em: 22 out. 2013.

SILVA, Ênio Moraes da. **Considerações críticas sobre o novo bem de família**, Curitiba: Juruá, 1993.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Injustificados vetos presidenciais à Lei 11.382/06.**Disponível em: **<**http://www.professordanielneves.com.br/artigos/201011151759350.vetospresidenciaveis.pdf>. Acesso em: 29 out. 2013.

A SUBJETIVIDADE JURÍDICA INTERNACIONAL NO *RISORGIMENTO*: OPOSIÇÕES ENTRE NAÇÃO E ESTADO NA ITÁLIA DO SÉCULO XIX

Guilherme Bedin[*]

Palavras-chave: subjetividade jurídica internacional; escola italiana de direito internacional; princípio da nacionalidade; Nação; Estado.

Resumo: Com o objetivo de observar de que maneira a pergunta "quem é o sujeito de direitos na comunidade internacional" foi respondida, ressaltando as oposições entre Nação e Estado, utilizando-se do método indutivo em conjunto com o procedimento comparativo e a técnica de pesquisa de revisão bibliográfica – tomando por fontes primárias os escritos dos autores do período –, o presente estudo deita atenções por sobre (o que viria a ser) a Itália durante o século XIX, descrevendo como o discurso acerca da Nação toma forma inicialmente no campo político – com foco no pensamento de Giuseppe Mazzini –, chegando ao âmbito jurídico na segunda metade do século, através da proposta do jurista italiano Pasquale Stanislao Mancini. Utilizando-se do Princípio da Nacionalidade como fundamento do direito internacional, Mancini lança a proposta de fazer da Nação o único sujeito de direitos no âmbito internacional, em oposição ao Estado. Tal proposta desencadeou um debate que, muito embora não se tenha limitado ao contexto italiano, culminou na Escola Italiana de Direito Internacional; dentre os demais autores associados a esta Escola, optou-se por trabalhar com o pensamento de Terenzio Mamiani, expondo como este, mesmo aceitando o Princípio da Nacionalidade, faz do Estado o sujeito de direitos no âmbito internacional, sendo os elementos constitutivos da nacionalidade requisitos desejáveis, concedendo-lhe maior estabilidade, mas não necessários à sua formação. Por fim, será observado o pensamento de outro jurista, Pasquale Fiore, que ainda inserido na Escola Italiana de Direito Internacional, em um primeiro momento adere à proposta de Mancini, porém, revê sua posição teórica, chegando a negar a existência do Princípio da Nacionalidade, defendendo ser o Estado o único ente a existir juridicamente.

[*] Graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Membro dos grupos de pesquisa CNPq-UFSC, Ius Commune em História da Cultura Jurídica, e Ius Gentium em Direito Internacional. Lattes: http://lattes.cnpq.br/0334522129480784.

Keywords: International juridical subjectivity; Italian school of international law; principle of nationality; Nation; State.

Abstract: In order to describe the debate regarding the subject of rights in the international community, the present article focuses on the contrasts between the concepts of Nation and State, whit attention to (what would become) the Italy of the XIXth century. To develop the analysis, the inductive method was used, in combination with comparative procedure and bibliographic review as research technique. Furthermore the current analysis describes how the discourse about the concept of Nation takes form initially in the political field – focused on the thoughts of Giuseppe Mazzini – only to appear the legal framework in the second half of the century, through the proposal of the Italian jurist Pasquale Stanislao Mancini. Using the Principle of Nationality as the basis of international law, Mancini proposes the exclusivity of the Nation as a subject of international law in opposition to the State. This proposal triggered a debate which, although was not limited to the Italian context, culminated in the Italian School of International Law; among the other authors associated with this School, the works of Terenzio Mamiani were also object of analysis, exposing how the acceptance of the Principle of Nationality implies considering the State a subject of international law. Therefore the constituent elements of nationality are desirable requirements, granting it (the State) more stability, but not a requirement for its formation. Finally, the thought of another jurist will be analyzed, Pasquale Fiore, still inserted in the Italian School of International Law, at first adhering to Mancini's proposal, however, reviews latter his theoretical position – denying the existence of the Principle of Nationality, claiming that the state should be the only entity to juridically exist.

1 Introdução

Os termos "Nação" e "Estado" são recorrentemente utilizados nos discursos jurídicos e políticos, ainda que não voltados ao plano internacional, notavelmente, porém, nem sempre se percebe o embate teórico, filosófico e jurídico acerca destas duas expressões que já ocorria no cenário europeu, especialmente na segunda metade do século XIX, após a

proposta de Pasquale Stanislao Mancini que, por meio do Princípio da Nacionalidade, fez emergir a Nação enquanto sujeito de direito internacional, em oposição ao Estado.

Não parece adequado aceitar que, mesmo atualmente, pela alcunha de "Estado" ou "Nação" se escondam uma série de concepções nebulosas, sem que se faça referência a que pressupostos esta expressão está vinculada, sob pena de uma total perda de referenciais teóricos e total esvaziamento de sentido de ambos os termos[1].

Cabe ressaltar que o presente trabalho não tem a pretensão de ser uma obra na área de teoria do direito internacional, relações internacionais ou filosofia do direito; propõe-se a ser um estudo na área da história do direito, ou, antes, de história do pensamento jurídico.

Buscar-se-á, ainda, apresentar o pensamento dos autores trabalhados tendo em vista sua relação com o contexto da época e do local em que foram concebidos. Para além disso, sempre quanto possível, expor-se-ão de forma crítica as oposições que poderiam justificar certas rupturas nos discursos.

Retomando o debate acerca da subjetividade jurídica, nota-se que ele ressurge de forma inflamada, em especial nas situações em que ocorrem fenômenos como o "reconhecimento" de um novo sujeito, particularmente quando se fundamentam na oposição entre os princípios da "Soberania" e "Autodeterminação dos Povos", ainda que os vocábulos "Estado" e "Nação" possam não estar diretamente presentes ou receber a devida ênfase[2].

[1] Com relação ao uso inadvertido dos conceitos, aponta Grossi: "Quem quisesse confiar nas palavras – e houve quem quisesse – iria colecionar insensatamente invólucros vazios que a história apressou-se, por conta própria, a encher de conteúdos os mais variados sem se preocupar com continuidades verbais". GROSSI, 2006, p. 38. Ainda neste sentido, alerta Hespanha: "Embora muitos conceitos ou princípios jurídicos sejam muito mais modernos do que geralmente se supõe, é verdade que há outros que parecem existir, com seu *valor facial* (i.e., referidos com as mesmas palavras ou como frases), desde há muito tempo. [...] Contudo, se avançarmos um pouco na sua interpretação, logo veremos que, por baixo da superfície da sua continuidade *terminológica*, existem rupturas decisivas no seu significado *semântico*. O significado da mesma palavra, nas suas diferentes ocorrências históricas, está intimamente ligado aos diferentes contextos, sociais ou textuais, de cada ocorrência. Ou seja, o sentido é eminentemente *relacional* ou *local*. [...] Por detrás da continuidade aparente na superfície das palavras está escondida uma descontinuidade radical na profundidade do sentido." HESPANHA, 2009, p. 26-27, grifo do autor.

[2] Um estudo acerca da influência dos debates em torno do Princípio da Nacionalidade e sua repercussão no contemporâneo discurso da "Autodeterminação dos Povos" pode ser visto em BIAZI, 2014, p. 145 *et seq*.

Observa-se que o discurso da Nação – ou da nacionalidade – toma forma e se desenvolve como uma reação crítica ao modelo político do Estado de inspiração contratualista.

A construção da Nação não se constituiu de uma única forma, há uma vertente calcada em elementos objetivos, como etnia, língua, território, história e cultura comuns[3]; e uma vertente voluntarista, que considera antes a relação e a escolha de um agrupamento humano em se constituir como uma unidade que suas características objetivas[4]. Por fim, tem-se uma vertente mista, que enxerga a Nação enquanto reunião dos elementos objetivos com uma vontade ou consciência coletiva.

Assim, o primeiro ponto deste artigo apontará como se deu o discurso eminentemente político da Nação na Itália da primeira metade do século XIX. No segundo ponto, descrever-se-á o embate jurídico em que se pode observar, a partir do Princípio da Nacionalidade, a primazia da Nação enquanto único sujeito de direitos em âmbito internacional, no pensamento de Pasquale Stanislao Mancini. No terceiro ponto, observar-se-á o concorde entre Nação e Estado, no pensamento de Terenzio Mamiani. Por fim, no quarto ponto, a ruptura com o Princípio da Nacionalidade em Pasquale Fiore.

Os principais resultados esperados são: identificar a existência (ou não) de um discurso de oposição (ou harmonia) entre Nação e Estado e apontar as continuidades e rupturas deste pensamento, na Itália do século XIX e refletir acerca dos conceitos de Nação e Estado apresentados por cada autor, bem como, sem perder de vista o contexto em que se encontram, criticar possíveis implicações do seu discurso.

2 A nação enquanto discurso político na primeira metade do século xix

[3] Neste sentido: "As tentativas de se estabelecerem critérios objetivos sobre a existência de nacionalidade, ou de explicar por que certos grupos se tornam 'nações' e outros não, frequentemente foram feitas com base em critérios simples como a língua, ou a etnia ou em uma combinação de critérios como a língua, o território comum, a história comum, os traços culturais comuns e outros mais." HOBSBAWM 1990.p. 14-15.

[4] Como crítica a este sistema, observa-se sua excessiva maleabilidade: "No entanto, insistir na consciência ou na escolha como o critério da existência das nações é subordinar sem discernimento os muitos modos pelos quais os seres humanos se definem e se redefinem como membros de grupos a uma única opção: a escolha de pertencer a uma 'nação' ou a uma 'nacionalidade'." HOBSBAWM. 1990, p. 17.

O presente trabalho pretende demonstrar como se deu o discurso acerca da Nação e do Estado, especialmente no plano jurídico. As oposições entre conceitos não se limitaram ao plano discursivo: foram importantes ferramentas que contribuíram para legitimar movimentos políticos, como a unificação da Itália e da Alemanha. Será aqui contemplada a experiência italiana.

Primeiramente, deve-se abordar o movimento político que, embasado no conceito de Nação, buscava "libertar" uma população que apresentava uma série de traços comuns – como língua, etnia, costumes, além de uma consciência da sua unidade – mas que se encontrava sob o jugo de Estados "estrangeiros". Para tanto, optou-se por utilizar o pensamento de Giuseppe Mazzini.

Já no início do século XIX, antes de tomar forma no universo jurídico, a nacionalidade se constituía em importante elemento em discursos políticos. Mazzini fazia alusão à nacionalidade como um projeto político a ser alcançado.

No pensamento deste autor, são encontrados alguns dos elementos que, mais tarde, se fariam presentes na construção jurídica do Princípio da Nacionalidade, quais sejam, uma união de língua, de raça e de costume, além da presença de uma consciência nacional.

Percebe-se, portanto, que mesmo antes de apresentar claros contornos jurídicos, o discurso acerca da Nação já poderia ser encontrado no campo da política, contribuindo para legitimar a modificação das fronteiras europeias a partir de 1830[5]. Contudo, a Nação, enquanto projeto político, dependia do Estado para se consolidar e tomar forma no plano jurídico[6] (HOBSBAWM, 1990, p. 125).

[5] Há quem utilize a nomenclatura "princípio da nacionalidade" para se referir a esta doutrina política, como se faz notar: "[...] 'princípio da nacionalidade' que convulsionou a política internacional da Europa depois de 1830, criando um número de Estados novos, dos quais a metade corresponderia, até onde era possível, ao princípio que Mazzini formulava como 'Cada nação, um Estado'; entretanto, esse grupo poderia ser menor se comparado à outra metade, que seguiria a formulação 'apenas um Estado para toda a nação'." HOBSBAWM, 1990, p. 125.

[6] Esta posição se estende para além da primeira metade do século XIX, como se faz notar: "Johann Caspar Bluntschli, jurista suíço e discípulo de Savigny que se dedicou à esboçar a ciência do direito internacional na segunda metade do século XIX transpôs para este universo muitos postulados elaborados por seu mestre, mas, contudo, mesmo valorizando o elemento "Nação", não o contrapõe ao Estado enquanto sujeito do direito internacional, como o fará, ainda naquele século, o italiano Pasquale Stanislao Mancini. O posicionamento de Bluntschli a respeito do papel a ser desempenhado pelos conceitos de 'Nação' e de 'Estado' no âmbito da ciência do direito internacional é bastante claro quando este afirma que 'As comunidades nacionais que não obtiveram organização estatal não são pessoas, nem do ponto de vista do direito público, nem daquele do direito internacional'. Por isso, tendo se tornado '[...] povos organizados politicamente, não têm necessidade de uma proteção especial por parte do direito internacional; as garantias oferecidas pelos Estados são suficientes'." DAL RI JR., 2006, p. 73.

Já nas primeiras décadas do século XIX, a Nação se apresenta como uma entidade natural, legitimada pela história, em oposição à construção abstrata de um Estado de inspiração contratualista (DAL RI JR., 2006, p. 70-74).

Este discurso nacionalista encontrou terreno fértil em populações que, guardando características comuns (em especial, a língua e a "história"), encontravam-se divididas em diversos Estados.

Era nesta condição que se encontrava (o que viria a ser) a Itália: com a península sob o domínio de Estados como Áustria, Espanha e França, situação que se intensificou após o Congresso de Viena de 1815, emerge o movimento artístico, literário, político e – mais tarde, também – jurídico do *Risorgimento* (DAL RI JR., 2006, p. 74).

Figura simbólica da primeira fase deste movimento de unificação, Giuseppe Mazzini foi um dos defensores da ideia de Nação; nos campos da política e do direito, propunha que a Nação deveria ter um caráter universal e democrático, sendo composta por homens de um mesmo grupo, que, por meio de um direito comum, busquem os mesmos fins, esta Nação seria, ainda, a redescoberta de uma Nação histórica, composta de pessoas com as mesmas características de etnia, língua e costumes comuns (DAL RI JR., 2006, p. 75).

Atribui-se a Mazzini participação central no movimento conhecido como "Jovem Itália" que seria o projeto de uma Nação composta pela universalidade dos italianos, unidos por um pacto político e uma lei comum, e que teriam a "consciência da própria nacionalidade", marcada pelo sentimento de pertencimento a um todo (NUZZO, 2012, p. 89). Ao mesmo tempo, oferece um projeto pedagógico que se manifesta na educação para insurreição, pois através da insurreição se chegaria à unidade e se implantaria o "princípio ativo da consciência" (NUZZO, 2012, p. 89).

Compõe também, o pensamento de Mazzini, a especial participação de homens que, possuindo forte consciência da nacionalidade, guiam a multidão para que esta possa formar uma Nação e, somente recebendo uma educação contínua voltada à unidade, a multidão poderia compor um corpo político (NUZZO, 2012, p. 89).

A Nação, no discurso de Mazzini, constitui um meio para atingir um fim mais elevado: "a humanidade", no discurso dos juristas, porém, a nacionalidade foi a ferramenta

que permitiria a formação do Estado; entretanto, a passagem da Nação ao Estado, desde o direito das gentes, até a ciência do direito internacional, não se dava de forma simples ou "automática" (NUZZO, 2012, p. 91).

Apesar de sua notória atuação política, Mazzini não era comumente citado pelos juristas da sua época, em realidade, passa a ser mais frequentemente utilizado a partir do século XX, quando se fizeram valer de forma distorcida da carga revolucionária do seu discurso para sustentar um modelo de Estado que já comportava a Nação (NUZZO, 2012, p. 87-88).

Pode-se observar que, durante o século XIX, o discurso do direito internacional na Itália poderia ser notado em dois planos, um pedagógico e outro performativo, marcadamente pela Nação como um sistema cultural e o Estado como forma de governo; a união destes dois planos discursivos, já na década de 1870, permitiu a transformação da Nação italiana na figura do Estado nacional, marcado pelo paradigma do Estado-pessoa (NUZZO, 2012, p. 87).

Antes, porém, faz-se necessário compreender como se deu, no plano jurídico, o discurso que permitiu que a "multidão" italiana se constituísse como uma entidade política autônoma. Percebe-se que alguns dos elementos do discurso político de Mazzini poderão ser encontrados, ainda que de forma indireta, nos escritos jurídicos de outros autores italianos, em especial a ideia de uma nacionalidade composta de elementos objetivos ou naturais, como língua e etnia e uma consciência coletiva, que ligava os membros destes agrupamentos humanos. Para tanto, observar-se-á a construção do conceito de Nação no pensamento de Pasquale Stanislao Mancini.

3 A **nação enquanto sujeito de direito internacional: o princípio da nacionalidade de Pasquale Stanislao Mancini**

Observou-se, durante a primeira metade do século XIX, que a Nação surge como forte elemento no plano político e discursivo italiano. Não possuía ainda, contudo, uma maior repercussão jurídica acerca da importância da nacionalidade.

Assim sendo, mesmo alcançados os objetivos políticos necessários a constituir a Nação, esta permaneceria dependente do Estado para existir juridicamente. Ao menos, este seria o entendimento antes do pensamento agora abordado.

Ainda em meio ao *Risorgimento*, Pasquale Stanislao Mancini insere um novo elemento capaz de impactar a ordem jurídica e política interna e internacional. Apresentado na preleção "A Nacionalidade como Fundamento do Direito das Gentes", Proferida na Real Universidade de Turim, em 1851, o Princípio na Nacionalidade tinha como uma de suas principais funções deslocar a Nação para o centro do cenário jurídico internacional, afastando, assim, o Estado desta função.

Para atingir este objetivo, aponta a necessária cientificidade do Direito das Gentes, especialmente naquele período[7] (MANCINI, 2003a, p. 37). Confrontando-a com seu itinerário histórico[8], porém, antes de chegar ao estado atual da ciência, faz referência a Wolf e Vattel[9], tratando em especial deste, aponta que não obstante sua incerteza na aplicação dos princípios, bem como a revolução no pensamento trazida por Kant e Hegel, por conta de sua utilidade prática, seu uso permaneceu comum na Europa (MANCINI, 2003a, p. 44-45).

Como último passo, retoma o pensamento de Giambattista Vico[10], que se propôs a traçar uma nova ciência, que se concretizaria por meio da Filosofia da História e de seus esforços em delinear os princípios do Direito Natural dos Povos, através de elementos – morais, políticos e jurídicos – que seriam comuns a todas as nações (MANCINI, 2003a, p. 46-47).

Para encontrar o fundamento do Direito Internacional, não se poderia recorrer tão somente a um "puro conceito da mente", mas sim a "uma realidade concreta e viva"

[7] A questão da cientificidade do Direito das gentes continua sendo tratada ao longo da obra, em especial MANCINI, 2003a, p. 37-39; 41-43.
[8] A argumentação histórica de Mancini é apresentada em MANCINI, 2003a, p. 39-44.
[9] Acerca da nação, pode-se encontrar em Vattel: "Uma nação, um Estado é, como o dissemos desde o início desta obra, um corpo político ou uma sociedade de homens unidos para buscar benefícios e segurança com forças reunidas.." (VATTEL, 2008, p. 157). Há quem considere que a nação possui especial relevância no pensamento de Vattel, sendo apresentada como sujeito: "Uma profunda Inspiração ética, contudo, está presente não só na individualização da '*Nation*' soberana como 'sujeito' do direito internacional, mas também na solução vatteliana do problema da guerra justa." (MANCUSO, 2014, p. 204); dentre as principais críticas ao pensamento de Vattel no século XIX e primeiras décadas do XX, seria por conta de uma interpretação na qual "[...] a 'razão do Estado' tira qualquer possível nexo entre ética e direito internacional, enfatizando o caráter absoluto da soberania estatal." (MANCUSO, op. cit. p. 205-206).
[10] Dentre as principais influências do pensamento de Vico em Mancini, pode-se apontar o próprio conceito de Nação apresentado por Mancini, em especial sua divisão em dois planos, um material e outro moral; ainda acerca das influências do pensamento de Vico na teoria manciniana, DAL RI JR., 2014, p. 258-260.

(MANCINI, 2003a, p. 52). Opõe-se, portanto, a possibilidade de considerar o direito como uma relação entre arbítrios, afirmando: "O Direito não pode jamais ser um produto da nua vontade humana. Ele é sempre uma necessidade da natureza moral, a força aplicada de um princípio da ordem moral que procede de uma região superior daquela em que os homens vivem e querem." (MANCINI, 2003a, p. 52).

Feitas tais considerações, torna-se, enfim, possível determinar a coexistência das nacionalidades como sendo a primeira verdade da ciência do Direito Internacional (MANCINI, 2003a, p. 53). Apresenta, a partir deste ponto, uma relação entre a Nação e a família, afirmando serem "Ambas filhas da natureza e não da arte, companheiras inseparáveis do homem social[...] a Nação, em sua primitiva gênese histórica, não pode ser outra que a própria família" (MANCINI, 2003a, p. 53).

Mancini prossegue em sua preleção, visando demonstrar as características da Nação que a classificariam como um fato natural, independente do tempo ou do espaço (MANCINI, 2003a, p. 54); tais características (região, raça, língua, costume, história, lei e religião) compõem, portanto, a própria natureza de um povo, gerando entre os membros de uma mesma Nação uma afinidade maior que aquela existente entre pessoas de nações distintas, tendo por consequência "[...] uma comunhão de direito criada de modo mais íntimo, impossível de existir entre indivíduos de nações diferentes." (MANCINI, 2003a, p. 53).

A presença destes elementos constitutivos da nacionalidade não é, contudo, suficiente para dar vida à Nação, faz-se ainda necessário um último componente capaz de fornecer o espírito necessário a animar tais partes (MANCINI, 2003a, p. 60-61), a resposta é dada pelo autor:

> [...] ele é a consciência da nacionalidade, o sentimento que ela adquire de si mesma e que a torna capaz de se constituir internamente e de se manifestar externamente. Multiplicai quanto quiserdes os pontos de contato material e exterior no meio de uma agregação de homens. Estes não formarão jamais uma nação sem a unidade moral de um pensamento comum, de uma idéia predominante que faz de uma sociedade o que ela é porque nela se realiza (MANCINI, 2003a, p. 61).

Nota-se, portanto, que o fenômeno da nacionalidade faz-se dependente de duas sortes de elementos: os de origem objetiva ou natural, compostos pela região, raça, língua,

costume, história, lei e religião, bem como os de origem subjetiva ou moral, que se personificam na consciência da nacionalidade[11].

Somente então Mancini reúne os argumentos necessários para uma definição completa de nacionalidade:

> As coisas ditas até aqui já mostram abertamente em que consiste uma nacionalidade. Elas nos dão razão em reconhecer nela uma *sociedade natural de homens com unidade de território, de origem, de costumes e de língua, configurados numa vida em comum e numa consciência social*. Disso decorre que nada é mais fácil que demonstrar a legitimidade, bem como que a conservação e o desenvolvimento da nacionalidade se tornam para os homens não somente um direito mas um dever jurídico (MANCINI, 2003a, p. 62-63, grifo do autor).

Cabe, neste momento, fazer uma consideração acerca de que um dos limites internos da teoria da nacionalidade diz respeito ao surgimento dos sujeitos, que não ocorre de forma imediata, não bastando, assim, tão somente a constatação da reunião dos requisitos objetivos: faz-se necessário que o elemento volitivo – que se demostra por meio da consciência social - esteja presente para que, apenas então, surja a Nação.

Surgem como manifestação das relações jurídicas geradas a partir da nacionalidade duas consequências: "a livre constituição interna da nação" e "sua autonomia independente com relação às nações estrangeiras" (MANCINI, 2003a, p. 64). A constituição interna, por sua vez, seria divida em duas: a constituição física, que engloba o território nacional, dentro de seus limites naturais e a constituição moral, que implica a existência de um governo próprio daquela Nação (MANCINI, 2003a, p. 64). A autonomia externa, por sua vez, constitui tão somente a liberdade de se determinar internamente, sem intervenção de outras nações (MANCINI, 2003a, p. 66).

O objetivo final de Mancini não se encerra, contudo, tão somente na defesa da nacionalidade – e, consequentemente, da sua constituição interna e autonomia externa – será, então, proposta a reconfiguração da subjetividade jurídica no plano internacional, como se pode observar:

---

[11] Ainda sobre a "consciência da nacionalidade", Mancini irá desenvolver este conceito em uma futura preleção, de 1872, intitulada "A Vida dos Povos Na Humanidade", na qual, após fazer menção aos elementos objetivos, afirma: "[...] e que cada nação deva também ter necessariamente, como espírito vivificador destes elementos materiais, a consciência do próprio ser distinto e da própria diversidade das outras nações, é um fato antropológico que cai sob a observação dos sentidos e da experiência e é ao mesmo tempo um fato universal da consciência de toda a humanidade." MANCINI, 2003b, p. 98.

> Não basta ter colocado bases sólidas e inconcussas ao direito do livre e harmonioso desenvolvimento das nacionalidades. Ora, torna-se necessário demonstrar que nesse direito está a raiz e o fundamento verdadeiro e primeiro de todos os demais direitos entre as nações, melhor, seu compêndio. Em outros termos, **trata-se de mostrar que na gênese dos direitos internacionais a Nação e não o Estado representa a unidade elementar, a mônade racional da ciência** (MANCINI, 2003a, p. 67, grifo nosso).

Feita a proposta de um novo protagonista no cenário internacional, emerge a crítica ao modelo constituído, com o Estado como sujeito, que resulta na sobreposição do governo à Nação e, consequentemente, a um Direito das Gentes que se constituiria na lei natural dos Estados, mas não dos povos (MANCINI, 2003a, p. 67).

Decide, então, buscar suporte fático na história [12] para demonstrar que o fundamento da ciência do direito internacional é a nacionalidade e não o Estado. Para tanto, aponta que os princípios confrontados, Estado e nacionalidade, por vezes não se conciliam, mas se opõem, pois esta permanece de forma necessária e espontânea na história, persistindo, inclusive, no esfacelamento daquele, porquanto as organizações políticas fruto do arbítrio diplomático acabam por sucumbir perante a força natural da nacionalidade (MANCINI, 2003a, p. 70). Afirma, ainda, que nos momentos históricos nos quais o princípio da nacionalidade sofre ataques, isto ocorreu devido ao abuso da força resultando na conquista (MANCINI, 2003a, p. 71).

Já ao final da preleção, Mancini procura tornar certa sua preocupação, na gênese do conceito, de evitar que a aplicação do princípio da nacionalidade pudesse levar a práticas egoístas ou exclusivistas, que permitissem a uma Nação taxar as outras como naturalmente bárbaras ou inimigas. Assim: "Se a nacionalidade, como sujeito de Direito conserva a si mesma, elevada depois a objeto do Direito se torna de todo impessoal e impõe o respeito de seu ser em qualquer parte que esteja representada pelos elementos primeiros e substanciais de que sua idéia se compõe." (MANCINI, 2003a, p. 80). Deste modo, o princípio da nacionalidade não poderia ser respeitado de outra forma se não através da igual inviolabilidade e proteção das nações (MANCINI, 2003a, p. 80).

[12] A argumentação histórica, com a contraposição entre nacionalidade e Estado (apresentado como um fruto da conquista) pode ser encontrada em MANCINI, 2003a, p. 70-76.

Por fim, diz saber que a aceitação do princípio da nacionalidade como fundamento do Direito das Gentes pode implicar uma revolução na ciência, mas afirma que somente sob este fundamento se fará possível encontrar as verdades capazes de torna-la mais sólida e estável (MANCINI, 2003a, p. 84). Prossegue, afirmando que: "a ciência não conhece as procelas da política e é impossível que o verdadeiro se torne falso, graças à prudência." (MANCINI, 2003a, p. 85). Assim, muito embora a prudência política seja o limite que determina a possibilidade e utilidade de qualquer direito abstrato, de nada adiantaria ignorar a realidade contida no princípio da nacionalidade (MANCINI, 2003a, p. 85).

Observa-se, portanto, com Mancini, a ruptura com um discurso exclusivista do Estado como sujeito de direito, que passa a ser tratado como um ente artificial, fruto de uma abstração de inspiração contratualista para legitimar as injustiças da conquista.

Ao mesmo tempo, tem-se o surgimento de uma nova proposta que, baseada na observação da realidade e na história, encontra no Princípio da Nacionalidade – e, consequentemente, na Nação – a base para um Direito Internacional científico, não mais conduzido pelos arbítrios dos homens ou dos Estados, mas que se comporte em conformidade com a natureza moral.

A possibilidade da Nação ser, ao mesmo tempo, um corpo político e sujeito de direitos na ordem internacional, proporciona o embasamento necessário para que a península itálica possa emancipar-se do domínio dos Estados que violariam o Princípio da Nacionalidade (mais precisamente a "livre constituição interna da Nação") ao impedir que ela se organize de forma autônoma.

Apesar de sua importância e utilidade para unificação política italiana, a aceitação do Princípio da Nacionalidade não foi unanime, ao revés, sofreu uma série de críticas – e contribuições – como se poderá notar nos autores seguintes.

4 **Conciliação entre o estado e o princípio da nacionalidade em Terenzio Mamiani**

Como se sabe, o pensamento de Mancini foi alvo de muitos estudos e, por consequência, também de muitas críticas[13], razão que talvez explique o porquê da sua

[13] Notavelmente, "O jurista italiano, contudo, deixou algumas lacunas abertas na formulação da sua teoria que, também devido ao fato de em grande parte ter sido apresentada ao público através de discursos

preleção do ano seguinte, 1852, intitulada "Características do Velho e do Novo Direito das Gentes" dedicar-se a responder algumas dessas oposições – em especial daqueles que Mancini chama de "utopistas humanitários" e "diplomatas da força" (MANCINI, 2003c, p. 96 *et seq.*).

Com o fim de demonstrar como se deram algumas destas críticas, apresenta-se o pensamento de dois autores que, junto com Mancini, marcaram a Escola Italiana de Direito Internacional: Terenzio Mamiami que aceita o Princípio da Nacionalidade, mas não a proposta da Nação como sujeito e, Pasquale Fiore, que adere ao Princípio da Nacionalidade em um primeiro momento, mas que, posteriormente, opõe-se a ele[14].

Ainda em solo italiano, um dos primeiros responsáveis pelas críticas – e também contribuições – ao Princípio da Nacionalidade foi Terenzio Mamiani, que defendia o Estado como sujeito do Direito Internacional.

Entre as principais críticas de Mamiani ao princípio da nacionalidade, a que mais interessa a este trabalho diz respeito à supremacia do elemento subjetivo ou volitivo na construção do sujeito, em oposição às características objetivas propostas por Mancini (território, raça, língua, religião) que seriam apenas características acidentais (BIAZI, 2014, p. 71).

Neste sentido, para Mamiani, o Estado se funda na vontade dos seus membros, sendo os critérios objetivos propostos por Mancini elementos qualificadores, que poderiam torna-lo "mais perfeito", mas não seriam essenciais a sua existência (BIAZI, 2014, p. 72-74).

Pode não ser esta, contudo, a primeira impressão que se obtém ao observar a obra "*D'un nuovo diritto europeo*" (1859), na qual Mamiani dedica espaço especial para tratar da nacionalidade[15].

Isto porque, logo no primeiro capítulo, apresenta uma abordagem histórica para criticar os exageros no uso do empirismo e da metafísica no Direito Internacional, defendendo a necessidade de uma abordagem capaz de ser considerada científica (BIAZI,

parlamentares, acabou por gerar infinitas críticas e desconfianças. Entre as críticas movidas pelos demais doutrinadores de direito internacional no período, encontravam-se aquelas ligadas à dificuldade em delinear o que seria propriamente a 'Nação', não mais enquanto entidade antropológica, mas sim enquanto sujeito do direito internacional." (DAL RI JR., 2006, p. 82).

[14] A escolha destes dois autores toma por base a preferência por eles nas principais fontes secundárias consultadas sobre o tema, em especial: DAL RI JR., 2006, p. 83-86; DAL RI JR., 2014, p. 267-276; BIAZI, 2014, p.83-122.

[15] Trata-se do capítulo IV "*Della nazionalità*" MAMIANI, 1859b, p. 40-59.

2014, p. 87). Durante esta construção, o autor utiliza, inicialmente, o termo Nação[16], somente após algumas páginas Mamiani faz referência, pela primeira vez, ao Estado[17], no restante do capítulo, continua a intercalar os termos Nação e Estado[18] (MAMIANI, 1859b, p. 3-10).

Pouco tempo persiste, contudo, esta possível indistinção entre Nação e Estado. O termo Estado é primeiramente definido pelo autor: "[...] o Estado é certa congregação de famílias a qual proporciona com leis e tribunais o próprio benefício e a própria tutela; de modo que sejam competentemente realizados os fins gerais da sociedade e particulares dessa congregação." (MAMIANI, 1859b, p. 13, tradução nossa).

O Estado é apresentado como pessoa moral, "indivíduo perfeito da grande cidade universal", diferenciando-se de seus pares pelas famílias que o constituem, marcadamente pela assídua cooperação, último grau da conjunção e reciprocidade social, com especial relação com o território, a linhagem e outras contingências – tais contingências são os elementos objetivos que compõem a nacionalidade (MAMIANI, 1859b, p. 14-15; 17). Logo a seguir, faz a ressalva de que o Estado não se constitui apenas da continuidade do solo e dos habitantes, mas também das mentes e ânimos (MAMIANI, 1859b, p. 15). Mais que isso, o Estado se funda no concurso de pensamentos e vontades (MAMIANI, 1859b, p. 15).

Nota-se que, neste ponto, Mamiani parece empregar na sua construção do conceito de Estado os principais elementos que também constituem a Nação para Mancini, distinguindo-se especialmente por uma maior ênfase ao elemento volitivo e a certo finalismo (busca do bem comum, progresso e aperfeiçoamento humano).

Ao tratar da nacionalidade, Mamiani parece sugerir ser a Nação um sujeito de direito, ao afirmar: "Predileta obra das mãos de Deus são as nações." (MAMIANI, 1859b, p. 40, tradução nossa), e segue "Em processo de tempo e com o amadurecimento da civilização

[16] "*Niuno ufficio della filosofia, se guardasi alla dignità e al profitto, supera di eccellenza questo al quale noi ci accingiamo; dacchè gli errori del gius delle genti propagansi coi funesti effeti loro nella lunghezza di molte età e decidono non rade volte delle sorti delle nazioni.*" MAMIANI, 1859b, p. 5. Pode-se encontrar, ainda antes, referência ao termo "nações civilizadas" (*nazione civile*) em MAMIANI, op. cit., p. 3.

[17] "*Aggiungiamo che la fede inverso i trattati dee rimanere integra, enziandio quando sopravvengono mutazioni sostanziali dell'interno degli Stati; ed ella non dipende, parlandosi in generale, dalle politiche rivoluzioni.*" MAMIANI, 1859b, p. 8.

[18] Utilizam-se, respectivamente, as palavras "*le nazioni*" (MAMIANI, 1859b, p. 9), "*lo Stato*" e "*degli Stati*" (MAMIANI, op. cit., p. 10).

apenas as nações parecem constituir os indivíduos verdadeiros e potentes da grande família humana." (MAMIANI, 1859b, p. 40, tradução nossa).

A reunião de certas características como uma mesma língua, arte e da literatura comuns, usos e tradições, acaba por gerar entre os povos a "mais alta reciprocidade de faculdades e privilégios" (MAMIANI, 1859b, p. 40-41).

Defronta-se com os críticos ao princípio da nacionalidade, que buscam negar sua existência argumentando que nenhum Estado europeu é perfeitamente homogêneo em suas características (MAMIANI, 1859b, p. 43-44). Rechaça esta posição, argumentando que o princípio da nacionalidade pode melhorar a estabilidade dos Estados, tornando-os "mais perfeitos", e conclui afirmando que a autonomia certa e legítima decorre da própria nacionalidade, que, pela própria natureza, "nasce pronta" (MAMIANI, 1859b, p. 44-47).

Apesar de defender o princípio da nacionalidade, em meio às possíveis oposições entre Estado e Nação, Mamiani é claro ao afirmar: "os Estados são a verdadeira unidade moral e autonomia perfeita e imprescritível." (MAMIANI, 1859b, p. 52, tradução nossa).

Um conceito de Nação somente é apresentado pelo autor no manuscrito "*Dell'ottima congregazione umana e del principio di nazionalità*" presente no apêndice da obra, do qual se extrai a seguinte passagem:

> De modo que o germe [das congregações federativas] se encontra vigorosíssimo nas nações; isto é, naquele corpo coletivo das gentes que residem nos mesmos lugares, com certas fronteiras quase marcadas pela mão de Deus, quais sejam os grandes rios ou cadeias de alpes ou o mar; e mais, ocorrerá de falarem a mesma língua e se reconhecerem saídos da mesma raça, ou, mesmo que originados de raças diversas, no entanto confundidas numa só ao longo dos séculos; e, finalmente, juntam-se e se unem espiritualmente com uma mesma espécie de tradições, de letras, de arte, de religião, de índole, de inclinação, de costumes, de intenções e de fins (MAMIANI, 1859a, p. 383, tradução nossa).

Percebe-se que a definição de Nação, além de ser muito próxima daquela proposta por Mancini, parece quase que englobar o conceito de Estado anteriormente apresentado. Parece questionável, neste sentido, até que ponto a definição de Estado proposta por Mamiani é mais precisa – ou menos vaga – que o conceito de Nação adotado por Mancini.

5 Considerações e críticas ao princípio da nacionalidade em Pasquale Fiore

Muito embora o Princípio da Nacionalidade tenha sido de especial importância para a doutrina italiana, trata-se de uma concepção longe de ser perfeita. Uma das principais lacunas apresentadas pelos autores que tentaram defendê-lo foi apresentar um conceito bem definido que permitisse a um observador rapidamente "olhar para realidade" e identificar uma Nação.

Esta falta de precisão parece ter sido percebida por outro jurista italiano, Pasquale Fiore[19], que na sua obra "*Nuovo dirito internazionale pubblico*" apresenta as oposições doutrinárias acerca do princípio da nacionalidade, dividindo-as em dois grandes grupos, buscando posicionar-se entre elas (DAL RI JR., 2014, p. 268-269).

Assim como Mancini e Mamiani, Fiore também inicia sua obra com uma abordagem histórica do Direito Internacional, na qual aponta que, sem os conceitos de autonomia, de independência, de igualdade, de personalidade das nações, não se poderia ter o desenvolvimento da ciência do Direito Internacional, historicamente marcado pelo incremento da personalidade e autonomia nacional (FIORE, 1865, p. 10; 16).

Com relação especificamente à Nação, na visão de Fiore ao tentar determinar "quais são os elementos que a constituem, nós encontramos duas escolas opostas que querendo ser exclusivas, estimamos como falsas e exageradas." (FIORE, 1865, p. 45, tradução nossa).

A primeira destas escolas defenderia que a Nação resultaria, necessária e fatalmente, da reunião dos elementos de ordem geográfica, como território, etnológicos (raça), físicos e morais – unidade de língua, de usos e costumes, de religião (FIORE, 1865, p. 45).

A segunda, sem se dar conta da afinidade das raças, ou das fronteiras naturais, ignora completamente a personalidade jurídica internacional da Nação (que, como apontado, corresponde a um dos fundamentos da ciência do direito internacional para Fiore) e consideram ser a Nação apenas a reunião de homens em um mesmo território submetidos às mesmas leis, conclui afirmando que esta escola confunde a Nação com o Estado (FIORE, 1865, p. 45).

Só então Fiore apresenta sua posição, considerando "que a verdade está no justo meio" em relação às duas anteriores, pois, de um lado, as diferenças entre as nações não é

[19] Acerca de Pasquale Fiore, ver KOSKENNIEMI, 2004, p. 54-57.

apenas a divisão mecânica de um fato primordial, de outro, não se pode aceitar que qualquer associação humana, com raças, línguas, e religiões diferentes, unidos pela vontade ou pela força, tenha a mesma autoridade de uma Nação (FIORE, 1865, p. 45).

Posiciona-se contrário a uma observância mais rígida de alguns critérios como território e, especialmente, da raça, como condicionantes da nacionalidade, isso porque poderiam resultar em limitação do direito de sociabilidade, que é desta forma apresentado: "O direito de sociabilidade é um direito primitivo e ilimitado, todos aqueles que possuem razão e liberdade podem associar-se e os obstáculos naturais não podem limitar este direito primitivo ou natural." (FIORE, 1865, p. 46, tradução nossa).

Mesmo a língua, critério tão enaltecido por Mancini e Mamiani, não é tratada como um requisito condicionante para formação da nacionalidade, tampouco como um critério capaz de obrigar os que falam a mesma língua a constituir uma mesma Nação (FIORE, 1865, p. 48).

Quanto aos demais elementos constitutivos da Nação, reforça a incidentalidade destes elementos, afirmando que a nacionalidade não pertence absolutamente à ciência, sendo necessário buscar outro fundamento para ela – que também não poderia ser a política, tampouco a força (FIORE, 1865, p. 48-49).

Partindo dos princípios da afinidade e homogeneidade, que estabelecem os laços morais entre os membros das associações humanas, emerge como fundamento da Nação a consciência da nacionalidade, que possibilita a unidade moral desta associação (FIORE, 1865, p. 50). Reforça a impossibilidade de outros critérios serem utilizados para definir a nacionalidade:

> Não é o governo, os diplomatas, os publicistas, nem os Etnólogos, os filósofos, ou os historiadores que podem delinear as fronteiras das nações, uma vez que estas são determinadas por certos instintos primitivos, por certas aspirações misteriosas, da tendência natural que alguns povos possuem de se reunir com outros (FIORE, 1865, p. 51, tradução nossa).

Assume, porém, a importância dos elementos exteriores como capazes de influir nos princípios de afinidade e homogeneidade, de modo que mesmo não podendo constituir a nacionalidade, melhoram sua estabilidade (FIORE, 1865, p. 51).

Chega, finalmente, a conclusão (e conceito) que "por nação entendemos uma livre e espontânea associação de pessoas por uniformidade de sangue, de língua e de atitudes, e

por afinidade de gênio civil, de temperamento, de vocação, aptos e predestinados à máxima união social." (FIORE, 1865, p. 52, tradução nossa). Percebe-se que, ao menos em estrutura, a definição de Nação proposta não se distingue daquelas de Mancini e Mamiani, preservando a concorrência de elementos objetivos e subjetivos para sua formação.

Porém, em nova edição de sua obra, publicada em 1879, Fiore muda drasticamente de opinião, afirmando que os defensores do princípio da nacionalidade não conseguem entrar em consenso acerca dos elementos constitutivos da Nação, tornando a teoria perigosa e susceptível a diversas aplicações (DAL RI JR., 2014, p. 272). Passa, ainda, a sustentar que são os Estados que vivem em uma comunhão de direito, e que a Nação precisa se organizar politicamente na forma de Estado para adquirir personalidade jurídica (DAL RI JR., 2014, p. 272-273).

Esta mudança de posição do autor contribui para sustentar que o princípio da nacionalidade, antes tido como base do discurso jurídico italiano com relação à questão da subjetividade jurídica internacional, neste momento (ou a partir deste momento) já se encontrava em crise.

6 Conclusões

O cenário político europeu durante o século XIX encontrava-se em ebulição, com diversas transformações políticas modificando as fronteiras dos Estados, resultando em solo fértil para construções teóricas aptas a legitimar os diversos interesses envolvidos.

Neste contexto, as modificações políticas na península itálica tomaram por base, desde a primeira metade do século, o discurso acerca da nacionalidade, como se pode observar no pensamento de Mazzini, no qual se encontrava uma estrutura próxima ao conceito apesentado por Pasquale Stanislao Mancini (presença de elementos objetivos – língua, etnia, costumes – e subjetivos – a consciência de unidade), diferindo-se mais em sua finalidade que em sua definição.

Foi apenas Mancini, contudo, que por meio do Princípio da Nacionalidade, conferiu à Nação forma jurídica, deslocando-a de um espaço periférico no qual sua existência era condicionada ao Estado, para lhe conceder o protagonismo como sujeito e objeto de um novo Direito Internacional, então científico.

O pensamento de Mancini, não foi, entretanto, de todo aceito. Os debates acerca do Princípio da Nacionalidade fazem emergir a Escola Italiana de Direito Internacional. Nela, era possível encontrar autores que, mesmo acolhendo o Princípio da Nacionalidade, defendiam o Estado como sujeito de direito internacional, sendo a nacionalidade um elemento que lhe traria maior estabilidade e "perfeição".

Esta proposta foi defendida por Terenzio Mamiani, que aceita o Princípio da Nacionalidade como o fundamento da subjetividade jurídica internacional, divergindo, porém, de Mancini com relação a sua titularidade, a qual, para Mamiani, deveria pertencer ao Estado.

O debate permanece inflamado, a ponto de que outro renomado jurista, Pasquale Fiore, inicialmente adere ao Princípio da Nacionalidade, porém, anos depois, revê sua posição e se coloca contrário a ele sob o argumento de que lhe faltaria precisão, podendo ser empregado para os mais diversos fins, reconhecendo, desta maneira, também apenas ao Estado como sujeito.

O Princípio da Nacionalidade, concebido por Mancini, entretanto, deixa de integrar a base dos discursos, sendo, em alguma medida, até mesmo combatido (como visto, Mamiani aceita apenas em parte a proposta de Mancini, já Fiore, em um segundo momento, aponta para imprecisão e para os perigos deste pensamento), acabando por se tornar, ainda no século XIX, mais uma referência histórica ou um instrumento retórico, que um instituto jurídico potencialmente eficaz.

7 Referências bibliográficas

BIAZI, Chiara Antonia Sofia Mafrica. **Representações do Princípio de Nacionalidade na Doutrina Internacionalista do Século XIX na Construção da Ideia de Autodeterminação dos Povos**: Continuidades E Rupturas Em Um Discurso Liberal. Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito, Programa de Mestrado *Stricto Sensu*, área de Direito e Relações Internacionais, da Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, 2014.

DAL RI JR, Arno. **A Nação Contra o Estado.** A Ciência do Direito Internacional no "Risorgimento" Italiano. In: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira (Org.). **Anuário Brasileiro de Direito Internacional**. – v.1, n.1, 2006 – Belo Horizonte: CEDIN, 2006. p. 69-97.

DAL RI JR., Arno, **Pasquale Stanislao Mancini**. In: DAL RI JR., Arno; VELOSO, Paulo Potiara de Alcântara; LIMA, Lucas Carlos (Orgs.). **A Formação da Ciência do Direito Internacional**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2014, p. 253-284.

FIORE, Pasquale. **Nuovo dirito internazionale pubblico** secondo i bisogni della civilità moderna. Milano: Presso la Casa Editrice e Tipog. Degli Autori-Editori, 1865.

GROSSI, Paolo. **Da Propriedade as Propriedades e outros ensaios**. Tradução de Luis Ernani Fritoli e Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

HESPANHA, António Manoel. **Cultura Jurídica Europeia:** Síntese de um milênio. Florianópolis: Boiteux, 2009.

HOBSBAWM, Eric. **Nações e nacionalismo desde 1780**: programa, mito e realidade. Tradução de Maria Cella Paoll e Anna Maria Quirino. Rio de Janeiro: Terra e Paz, 1990.

KOSKENNIEMI, Martti. **The Gentle Civilizer of Nations**: The Rise and Fall of International Law 1870-1960. Cambrige University Press, 2004.

MAMIANI, Terenzio. **Dell'ottima congregazione umana e del principio di nazionalità**. In: MAMIANI, Terenzio. **D'un nuovo diritto europeo**. Tipografia di Gerolamo Marzorati: Torino, 1859a, p. 359-443.

MAMIANI, Terenzio. **D'un nuovo diritto europeo**. Tipografia di Gerolamo Marzorati: Torino, 1859b.

MANCINI, Pasquale Stanislao. **A Nacionalidade como Fundamento do Direito das Gentes** – Preleção ao curso de Direito Internacional e Marítimo, proferida na Real Universidade de Turim no dia 22 de janeiro de 1851. In: MANCINI, Pasquale Stanislao. **Direito Internacional**. Tradução de Ciro Mioranza. Ijuí: Ed. Unijuí, 2003a [Coleção clássicos do direito internacional].

MANCINI, Pasquale Stanislao. **A Vida dos Povos na Humanidade** – Preleção ao Curso de Direito Internacional Público, Privado e Marítimo Proferida na Universidade de Roma no dia 23 de janeiro de 1872. In: MANCINI, Pasquale Stanislao. **Direito Internacional**. Tradução de Ciro Mioranza. Ijuí: Ed. Unijuí, 2003b [Coleção clássicos do direito internacional].

MANCINI, Pasquale Stanislao. **Características do Velho e do Novo Direito das Gentes** – Preleção ao curso acadêmico do ano de 1852, proferida na Real Universidade de Turim. In: MANCINI, Pasquale Stanislao. **Direito Internacional**. Tradução de Ciro Mioranza. Ijuí: Ed. Unijuí, 2003c [Coleção clássicos do direito internacional].

MANCUSO, Francesco. **Emerich de Vattel**. In: DAL RI JR., Arno; VELOSO, Paulo Potiara de Alcântara; LIMA, Lucas Carlos (Orgs.). **A Formação da Ciência do Direito Internacional**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2014, p. 201-250.

NUZZO, Luigi. **Origini di uma Scienza**: Diritto internazionale e colonialismo nel XIX secolo. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 2012.

VATTEL, Emmerich de. **Direito das Gentes** ou Princípios da Lei Natural Aplicados à Condução e aos Negócios das Nações e dos Governantes. Tradução de Ciro Mioranza. Ijuí: Ed. Unijuí, 2008.

A TEORIA SOCIOECONÔMICA DO CONTROLE PENAL SEGUNDO A REVISTA DISCURSOS SEDICIOSOS (2000-2015)

Marina Leite de Almeida[*]

Palavras-chave: criminologia; economia política da pena; revista Discursos Sediciosos; mercado de trabalho; Brasil.

Resumo: O presente trabalho insere-se numa pesquisa mais ampla que busca investigar as condições da brasilidade criminólogica e tem como objeto de análise a Revista Discursos Sediciosos, publicação científica que se dedica a estudar o sistema penal a partir de uma visão plural e multidisciplinar. Considerando que o arquétipo das revistas científicas como uma comunidade de autores operante para determinado fim compõe o canal de produção de um pensamento jurídico específico, a escolha da Revista Discursos Sediciosos se justifica em face de seu reconhecimento perante a comunidade científica. Assim, para os fins desta pesquisa, procedeu-se a uma análise de conteúdo dos últimos onze volumes publicados, os quais abrangem o período que vai desde o ano 2000 até os dias atuais, em especial aos trabalhos publicados no marco da Criminologia Crítica, na matriz de economia política da pena.

No marco teórico da Criminologia Crítica, a obra "Punição e estrutura social" de Georg Rusche e Otto Kirchheimer, de 1984, fixou as bases do que chamou de *teoria econômica da pena* e ficou conhecido, posteriormente, como *economia política da pena,* vertente teórica que assenta-se sobre o princípio geral de que as práticas punitivas remetem às relações de produção. De fato, no entender desses autores, a punição como conceito a-histórico não existe, mas tão somente práticas e sistemas punitivos específicos, que se concretizam segundo maior ou menor grau de correspondência às relações de produção.

De maneira geral, a partir da produção científica da Revista, foi possível remontar o debate havido nas últimas décadas entre os autores que concluíram pela insuficiência da

[*] Graduanda da 9ª fase do curso de Direito da UFSC, bolsista de Iniciação Científica do CNPQ, membro do grupo de pesquisa "Brasilidade Criminológica" e do programa de extensão "Universidade sem Muros". Link para currículo lattes: http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K4331141E5.

tese de Rusche e Kirchheimer e empenharam-se em atualizá-la para a realidade do capitalismo avançado, como é o caso da pesquisa de Ivan Jankovic (1977), Matthew Yeager (1979), Michel Foucault (2008), Dario Melossi (2006), Alessandro de Giorgi (2006), Bernard Laffargue e Thierry Godefroy (1989), Bruce Western, Katherine Beckett e David Harding (2002), Theodore Chiricos e Miriam Delone (1992).

Keywords: criminology; political economy of punishment; Journal "Discursos Sediciosos"; job market; Brazil.

Abstract: This paper is part of a broader research project that seeks to investigate the conditions of criminological Brazilianity and its object of analysis is the Journal "Discursos Sediciosos", scientific publication dedicated to study the criminal justice system from a plural and multidisciplinary approach. Considering that the archetype of scientific journals as a community of authors working for **a** particular purpose constitutes the production channel of a specific legal thought, the choice of the Journal "Discursos Sediciosos" is justified because of its recognition by the scientific community. Thus, for the purposes of this research, we proceeded to a content analysis of the last eleven published volumes, which cover the period from 2000 to the present day, especially the works published within the framework of Critical Criminology, regarding to the political economy of punishment.

Within the theoretical framework of Critical Criminology, the book "Punishment and social structure" of Georg Rusche and Otto Kirchheimer, written in 1984, set the foundations of what he called the *economical theory of punishment* and became known later as *political economy of punishment*, theoretical model that rests on the general principle that punitive practices recall the relations of production. In fact, according to these authors, the punishment as a non-historical concept does not exist, but only practical and specific punitive systems that are materialized by a bigger or smaller degree of correspondence to the production relations.

In a general way, from the scientific production of the Journal, it was possible to reassemble the debate occurred in recent decades among the authors who concluded the failure of Rusche and Kirchheimer's thesis and endeavored to update it to the reality of advanced capitalism, as in the case of Ivan Jankovic research (1977), Matthew Yeager (1979), Foucault (2008), Dario Melossi (2006), Alessandro Giorgi (2006), Bernard

Laffargue and Thierry Godefroy (1989), Bruce Western Katherine Beckett and David Harding (2002), Theodore Chiricos and Miriam Delone (1992).

1 Introdução

A história da Criminologia não é senão a história de tantos quantos forem os discursos criminológicos, os pensamentos que os orientam e as ideologias que os fundam. A passagem que ocorre com a superação do conceito ontológico de criminalidade, notadamente positivista e calcado na ideologia defensivista-periculosista, para o conceito histórico-social da criminalidade e do desvio de que trata a chamada Criminologia Crítica (ANDRADE, 2003), contou com a preciosa contribuição da análise macroestrutural empreendida pela teoria marxista que, ao desvelar a conflitividade social inscrita no saber constituinte do Direito Penal, recoloca a questão dogmática da pena (BATISTA, 2011). É nesse contexto que surge, através do materialismo histórico, as teorias conhecidas como *economia política da pena*. Os seus desdobramentos contemporâneos são analisados neste trabalho a partir da Revista Discursos Sediciosos (2000-2015), especialmente o remonte histórico acerca do debate havido nas últimas décadas entre os autores que concluíram pela insuficiência da tese de Rusche e Kirchheimer, responsáveis por uma das obras clássicas sobre o tema da punição e da estrutura social, e empenharam-se em atualizá-la para o contexto do capitalismo tardio. Sem a pretensão de esgotar o tema, são apresentadas considerações que buscam revisitar as principais referências teóricas estrangeiras utilizadas pelos autores que se debruçam sobre a matriz socioeconômica do desvio, na Revista Discursos Sediciosos.

2 A hipótese de Rusche e Kirchheimer

O trabalho de Rusche e Kirchheimer, desenvolvido na esteira do materialismo histórico, ao propor a análise historiográfica dos sistemas penais das sociedades ocidentais desde a Baixa Idade Média até a década de 30 da Idade Moderna, a partir do paralelo desenvolvimento do mercado de trabalho, expôs a importância da análise estrutural e da

apreensão da totalidade a fim de que as complexas engrenagens que conformam o sistema penal, enquanto instância do controle social, não sejam obliteradas no processo de naturalização e neutralização de suas premissas fundamentais. Dessa forma, fixou as bases metodológicas para posteriores trabalhos que o seguiram e complementaram, como o de Foucault, em *Vigiar e punir*, e o de Melossi e Pavarini, em seu *Cárcere e fábrica.* A esses desenvolvimentos costumou-se chamar epistemologicamente *economia política da pena,* assentada sobre o princípio básico de que as práticas punitivas remetem às relações de produção (DA SILVEIRA, 2012, p. 291). Mais tarde, na década de 70, quando da passagem de uma criminologia notadamente etiológica, baseada no conceito ontológico de criminalidade, notadamente positivista, para o conceito histórico-social da criminalidade e do desvio de que trata a chamada Criminologia Crítica (ANDRADE, 2003), contou-se com a preciosa contribuição da análise macroestrutural empreendida pela teoria marxista que, ao desvelar a conflitividade social inscrita no saber constituinte do Direito Penal, recoloca a questão dogmática da pena (BATISTA, 2011).

Em clássica passagem da obra *Pena e estrutura social*, encontramos o postulado que iria influenciar, até os dias atuais, a produção macrossociológica em criminologia:

> A Punição como tal não existe; existem somente sistemas de punição concretos e práticas determinadas para o tratamento de criminosos. O objeto de nossa investigação, portanto, é a punição em suas manifestações específicas, as causas de seu desenvolvimento e transformações e os fundamentos para a escolha ou rejeição de métodos penais específicos em situações históricas concretas. Mesmo considerando-se que as demandas que dão origem ao combate da prática delitiva ocupem um lugar significativo na transformação dos sistemas penais, estes não podem ser explicados somente a partir de tais necessidades. Todo sistema de produção tende a descobrir punições que correspondem às suas relações de produção. É, pois, necessário pesquisar a origem e o destino dos sistemas penais, o uso e a rejeição de certas punições, e a intensidade das práticas penais, uma vez que elas são determinadas por forças sociais, sobretudo pelas forças econômicas e, consequentemente, fiscais. (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 1984, p.3)

O excerto é de fundamental relevância para a compreensão do que mais tarde foi chamado de "a hipótese de Rusche e Kirchheimer" (JANKOVIC, 1977; YEAGER, 1979). De fato, nesse trecho, os autores estabelecem um ponto irretornável para a compreensão do sistema penal, superando a um só tempo a visão ontológica e a-histórica do fenômeno do

crime e da punição, inscrevendo definitivamente a estrutura produtiva como a fonte originária de seus desdobramentos e transformações. Daí deriva a ruptura entre o binômio crime-punição, uma vez que são expostos outros mecanismos através dos quais o fluxo de encarceramento aumenta(ou) ou diminui(u), segundo as necessidades das relações de produção, ainda que a ocorrência objetiva de crimes indicasse o contrário; bem como as finalidades latentes que determinavam a escolha e racionalização de métodos específicos de punição.

3 Revisitando a hipótese de Rusche e Kirchheimer

Não obstante a contribuição de Rusche e Kirchheimer ao desenvolvimento da economia política da pena, desenvolvimentos posteriores do capitalismo trouxeram relevo a fatores ignorados, redimensionando seu alcance. É o caso da obra de Foucault (2008) que, ao introduzir o conceito de disciplina, amplia a compreensão do fenômeno punitivo. Nesse sentido, se manifestou Dario Melossi (*apud* DA SILVEIRA, 2012, p. 299), ao afirmar que Rusche teria exagerado "o papel desempenhado pelo mercado de trabalho em relação à introdução da pena de prisão, na passagem do feudalismo para o capitalismo" (DA SILVEIRA, 2012, p. 299). Em seu lugar, Melossi considerou "o conceito de *disciplina* brevemente mencionado por Rusche e amplamente desenvolvido por Foucault, um argumento mais forte para a adoção do encarceramento como pena" (DA SILVEIRA, 2012 p. 299). Para ele, o conceito de mercado de trabalho, ainda que útil, não é suficiente para explicar o fenômeno penal, o qual decorreria de um mais amplo "programa burguês". Pavarini, em seu trabalho conjunto com Melossi, enfatiza a importância da ideologia do trabalho e da legalidade para obscurecer a realidade da disciplina e do abuso dentro das instituições prisionais (DE GIORGI, 2006, p.18). Alessandro De Giorgi (2006, p.18) coloca em relevo a historicidade da análise feita em "Punição e estrutura social" e questiona de que maneira se poderiam adaptar hipóteses concebidas em perspectiva história para a realidade atual, bem como, em termos metodológicos, de que forma analisar apenas um estágio específico de desenvolvimento da economia capitalista, tomando como base uma obra que analisa seu desenvolvimento através de variados estágios de desenvolvimento.

O ponto nodal que exigiu revisões em relação à teoria esboçada em *Punição e estrutura social* foi a permanência do uso do aprisionamento como principal forma de punição nas sociedades contemporâneas. Isso porque o uso da prisão surge através das *workhouses*, em condições de escassez geral de trabalho, a fim de garantir a existência do trabalho forçado, induzir a aceitação da ideologia burguesa-calvinista e extrair daí, a mais-valia (GUIMARÃES, 2012, p.569). No entanto, no atual estágio de desenvolvimento capitalista, em que o dever de trabalho passa a ser o *direito de trabalhar*, em face de um permanente excesso da força de trabalho disponível, a exploração do trabalho dos presos não é uma alternativa rentável no que se refere a produtividade. Dessa forma, por não corresponder às relações produtivas do capitalismo avançado, o contínuo uso do aprisionamento figura como uma medida penal irracional, dentro da hipótese de Rusche e Kirchheimer (JANKOVIC, 1977, p.18), passando a exigir sua atualização.

Nesse sentido, a primeira tentativa consistente[1] de desenvolver uma perspectiva contemporânea sobre a economia política da pena é o trabalho de Ivan Jankovic, publicado em 1977, intitulado "Labour market and imprisonment", cujo objetivo era testar empiricamente a "hipótese de Rusche e Kirchheimer", ou seja, de que a punição é um fenômeno independente nas suas variadas relações com a estrutura social e econômica. Partindo do que considera as duas falhas na teoria dos autores da Escola de Frankfurt - a aparente inexplicabilidade do uso da prisão nas sociedades do capitalismo avançado e a supervalorização do uso das fianças como a típica forma capitalista de punição -, ele conclui:

> Reaching this impasse, Rusche and Kirchheimer are forced to explain solitary confinement, a typical feature of the 19th century prison, as an irrational punitive response - evidence of a "mentality which, as a result of surplus population, abandons the attempt to find a rational policy of rehabilitation and conceals this fact with a moral ideology. By accepting the "irrationality" of imprisonment, Rusche and Kirchheimer appear to have underestimated the heuristic value of their own theory. In particular, they have not pursued two hyphoteses which are implicit in their work. (JANKOVIC, 1977, p. 19)

[1] Estudos anteriores, mas que não atingiram o mesmo nível de publicidade na comunidade científica, foram o Research Memorandum on Crime in the Depression, de Thorsten Sellin (1937) e The Effect of the Depression on Prison Commitments and Sentences, de Sir Thomas Stern (1941).

A princípio, procura explicar porque, ao contrário do que fora previsto em "Punição e estrutura social", o uso da fiança não se tornou a prática punitiva dominante, a despeito de sua finalidade conceitual com o capitalismo, e sim a liberdade vigiada. Para ele, a liberdade condicional corresponde às relações produtivas do capitalismo avançado, especializado no setor de serviços e de processamento de informações, cujo desenvolvimento é indispensável para elaborar uma rede confiável de supervisão máxima fora dos muros da prisão. Além disso, a liberdade vigiada não acarreta o rompimento dos vínculos empregatícios, mantendo, dessa forma, o processo produtivo – mesmo porque o emprego fixo é um dos requisitos para a sua concessão. Dessa forma, uma parte da força de trabalho é monitorada e controlada pelo Estado, enquanto se mantém inserida no processo de produção.

Em seguida, investigando o papel desempenhado pelo encarceramento no capitalismo avançado e suas funções na sociedade americana, o autor pondera ser possível que a chave para compreender a relação ente a economia capitalista pós-industrial e a punição não esteja na condição de explorabilidade do trabalho dos presos, como supunham Rusche e Kirchheimer. Isso o leva a elaboração de duas hipóteses derivativas da "hipótese de Rusche e Kirchheimer", as quais continuam a influenciar os autores contemporâneos no campo da economia política da pena (YEAGER, 1979; DA SILVEIRA, 2012; CHIRICOS, DELONE, 1992; LAFFARGUE, GODEFROY, 1989; WESTERN, BECKETT, HARDING, 2002)

4 Teoria da Severidade

Da obra "Punição e estrutura social" compreende-se que existe uma relação negativa entre as condições econômicas e a severidade da punição, traduzível assim: "when economy is bad, the punishments are more severe" (YANKOVIC, 1977, p.19). Por essa razão, quando a oferta de força de trabalho é pequena, a punição tende a se concentrar em explorar o trabalho dos presos, como no caso das *workhouses,* das galés e da servidão por trabalho nas colônias (RUSCHE, KIRCHHEIMER, 1999). De outro modo, quando a força de trabalho é abundante e o processo produtivo não está ameaçado, são utilizadas punições que de alguma maneira inutilizam ou desperdiçam o potencial de trabalho, como é o caso da pena de morte e das mutilações (RUSCHE, KIRCHHEIMER, 1999). Conquanto essa dinâmica

seja verificável nas economias pré-capitalistas, não é sustentada pelos posteriores desdobramentos do capital financeiro e tecnológico. A fim de sugerir uma relação alternativa entre o mercado de trabalho e o aprisionamento, Yankovic levanta dados relativos a economia e ao encarceramento americanos no período de 1926 a 1974 que demonstrem uma relação direta de covariação entre os índices de encarceramento e desemprego. Em suas palavras:

> (...) the expectation is that a rise in unemployment will lead to an increase in prison commitments and prison population. This is a restatement of Rusche and Kirchheimer "severity" hypothesis: when the economy is bad, punishments are more severe. Unemployment is taken as an index of the state of the economy, and imprisonment as an index of severity punishment. (YANKOVIC, 1979, p.20)

Os resultados encontrados confirmaram que desemprego e encarceramento, sendo este último a variável dependente (ou variável resposta), covariam diretamente, independentemente do volume de crimes cometidos. Matematicamente, essa correlação é significativamente maior do que zero, inalterada por mudanças no volume e frequência de atividades criminais. Daí infere-se que o encarceramento poderia crescer mesmo que o nível de crimes cometidos estivesse diminuindo, desde que o desemprego também estivesse se ampliando (o reverso também é valido) (YANKOVIC, 1977, p.20). No mesmo sentido, Yeager (1979) encontrou resultados que comprovavam a teoria da severidade revisitada por Yankovic, corroborando a hipótese de que o desemprego é um forte indicador do tamanho da população prisional, ainda que não se possa concluir a existência de uma relação causal entre as variáveis, devido ao defasamento de dados (YEAGER, 1979, p.587). Especificamente, concluiu que a taxa de desemprego, unicamente, explicava 54% das variações na população prisional no período de 1952 a 1978 e que, considerando as práticas de sentenciamento, as alterações eram mínimas. Outros estudos apontavam na mesma direção:

> Specifically, between 1967 and 1974, Cox and Carr observed that the Georgia prison population fluctuated with changes in the unemployment rate. Similarly, Brenner and Jankovic found that admissions to state prisons correlated positively with the unemployment rate. Indeed, Brenner testified that for every 1% increase in the unemployment rate, state prison

> admissions rose by 3.340 inmates, even after controlling for the effects of time, the percent of males in the population, per capita income, and inflation. (YEAGER, 1979, p.586)

O gráfico a seguir, elaborado por Matthew Yeager (1979, p.587), condensa o falseamento da teoria da severidade, como enunciada por Yankovic:

Quadro 1: First quarter male unemployment rate (seasonally adjusted), age 20+, 1951-1977, correlated with federal sentenced population (15month lag)

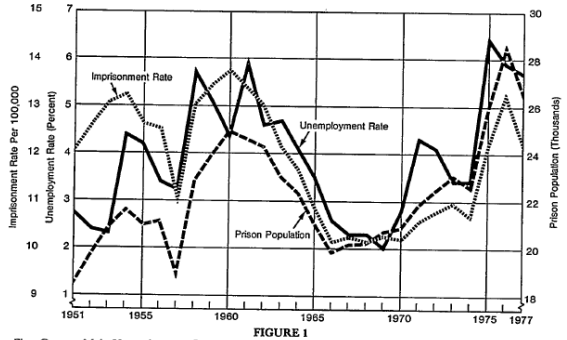


FIGURE 1
First Quarter Male Unemployment Rate (Seasonally Adjusted), Age 20+, 1951–1977, Correlated with Federal Sentenced Prison Population (15 month lag), Rated and Unrated

Fonte: YEAGER, 1979. p.587.

Mais recentemente, trabalhos publicados na Revista Discursos Sediciosos retomam as referidas pesquisas, aprofundando a relação entre desenvolvimento econômico, índices de desemprego e taxas de encarceramento. O contexto por elas analisado, no entanto, é substancialmente diferente daquele em que se deram as precedentes, uma vez que, desde os anos 80, nos Estados Unidos, observa-se uma aparente cisão entre os índices relativos ao desemprego e ao encarceramento. De fato, enquanto que na seara econômica, o país parece ter vivido o "milagre do emprego" (FREEMAN, 2002, p.56; ANDERSEN, 1995, p.74), o sistema penal sofreu vertiginoso crescimento vertical (WACQUANT, 2012, p.232).

Richard Freeman (2002), em pormenorizada análise sobre o modelo econômico dos Estados Unidos, chega à conclusão de que o conhecido fenômeno da "máquina de

empregos americana", que fez com que a razão emprego/população no país passasse de 65,1 em 1973 para 73,5 em 1995 (OECD, *Employment outlook, 1996)*, não foi conseguido senão ao custo de generalizada insegurança no mercado de trabalho. Segundo ele, o melhor desempenho da economia americana tomou a forma de reduções salariais (exceto no que se refere ao trabalho feminino), drástico aumento das horas trabalhadas e escalada da desigualdade[2]. A esse respeito, concorda Andersen (1995, p.74), para quem essa mudança teve como pano de fundo "[d]o declínio dos salários, [d]o enfraquecimento dos sindicatos e [d]a desregulamentação do mercado de trabalho". Assim, Freeman (2002, p. 66) conclui: "Há quinze anos a pujança da economia americana beneficia amplamente, vale dizer exclusivamente, os mais ricos" e continua: "A redução das horas de trabalho cumpridas pelos assalariados americanos menos qualificados e a taxa de criminalidade elevada constituem uma resposta racional da oferta à redução dos salários" (FREEMAN, 2002, p. 65).

Western, Beckett e Harding (2002), em estudo sobre o sistema penal e o mercado de trabalho nos Estados Unidos, no que pode ser visto como uma reafirmação da "hipótese de Rusche e Kirchheimer" afirmam, a respeito do aumento nos níveis de encarceramento americano, especialmente a partir de 1980, que ao contrário do que se poderia pensar, ele não está relacionado a um aumento na criminalidade (os dados do Uniform Crime Report mostram uma baixa de 3,5% entre 1980 e 1989 nos índices de criminalidade; ao passou que o número de encarcerados passou de 100 mil para 329 mil no mesmo período). Assim, concluem que o nível de criminalidade entre brancos e negros diminuiu no mesmo período que o encarceramento aumentou consideravelmente, em função de uma política pública deliberada (WESTERN, BECKETT, HARDING, 2002, p.43). A essa política os autores atribuem a resposta à pergunta: "Se a incidência da criminalidade nos Estados Unidos não é elevada e nem está em alta, como explicar o rápido crescimento da população carcerária nos anos 80 e 90?" (WESTERN, BECKETT, HARDING, 2002, p.44).

Alessandro de Giorgi (2012), ao analisar o controle de imigração na Europa, relaciona a insegurança dos mercados de trabalho das economias pós-fordistas com a

[2] Em 1970, a proporção de jovens americanos vivendo no limiar da pobreza era de 15% e estava baixando; em 1993, essa taxa se elevava a 22%, cifra superior às registradas em todos os outros países economicamente desenvolvidos (FREEMAN, 2002, p.66)

regulação punitiva generalizada e consequente criminalização dos trabalhadores imigrantes da periferia do capitalismo para as áreas centrais. Segundo ele, a criminalização desse segmento específico da força de trabalho contribui para a "reprodução da força de trabalho vulnerável, cuja insegurança ontológica obriga-os a aceitar praticamente qualquer grau de exploração" (DE GIORGI, 2012, p.144).

Desta feita, observa-se que a insegurança dos mercados de trabalho no contexto da economia neoliberal tem tomado um papel central na atualização da teoria da severidade, proposta inicialmente por Rusche e Kirchheimer e revisitada por diversos autores, desde então.

5 Teoria da utilidade

Ivan Yankovic, ao trabalhar a atualização da teoria de Rusche e Kirchheimer para as sociedades do capitalismo avançado, busca, por dentro da mesma, responder à pergunta que a colocou em xeque: dada a persistência do encarceramento como forma predominante de sanção, quais funções ela cumpre nas economias do capitalismo avançado?

Tomando o conceito de desemprego a partir da teoria marxista, Yankovic aduz que a existência de uma reserva de trabalho (ou exército industrial de reserva), é condição necessária ao desenvolvimento das economias capitalistas, em razão de seus próprios processos tecnológicos. O processo de mecanização e automatização, por sua vez, acentuaria tais processos, aumentando a razão entre capital e trabalho em favor do primeiro, já que reduz a quantidade de trabalho humano necessário para a produção da mesma quantidade de bens e produtos (YANKOVIC, 1977, p. 19-20). Conquanto que para a teoria marxista do valor, somente o trabalho *humano* seria capaz de criá-lo, as tecnologias que substituem a força de trabalho necessário levariam, também, à necessidade de movimentação do capital para novas e inexploradas áreas, potencialmente geradoras de lucro; estabelecendo, dessa forma, um novo ciclo de exploração, para o qual a reserva da força de trabalho é requisito essencial.

O desemprego oficial, no entanto, representa apenas uma parte da reserva industrial de trabalho, conforme largamente entendido pelos economistas, embora não haja consenso quanto ao seu tamanho real – alguns aí incluem os empregados esporádicos e de

meio-período, o trabalhador imigrante em condição de ilegalidade, as mulheres que se dedicam a trabalhos domésticos, os trabalhadores migrantes (rurais e industriais), etc -. Nessas condições, Yankovic sugere que o encarceramento pode ser usado para regular o tamanho do exército industrial de reserva e, consequentemente, do desemprego oficial. Para ele, a massa de trabalhadores cuja força de trabalho é dispensável passa a depender diretamente do Estado para garantir seu bem-estar econômico, o que implica uma rede de projetos e serviços sociais custeados pelo mesmo. Na outra ponta da assistência social, complementando sua atuação, estaria o sistema de justiça criminal:

> Two main components of the state's effort to support, and thus control, the surplus population are the social welfare system and the criminal justice system. Given the persistence and the magnitude of the surplus population in advanced capitalist countries, imprisonment may serve to contain a fraction of it and to manipulate its size. (YANKOVIC, 1977, p.20)

A teoria da utilidade afirma, então, que as mudanças nas políticas penais acarretam modificações nas condições do mercado de trabalho. É uma hipótese derivativa da obra de Rusche e Kirchheimer, especificamente no ponto em que esta considera que todo sistema de produção tende a descobrir punições que correspondam às suas relações de produção, e sugere que o encarceramento pode ser usado para remover uma parte da força de trabalho ociosa do mercado de trabalho (YANKOVIC, 1977, p.21), reduzindo, dessa forma, as taxas de desemprego.

Os resultados encontrados por Yankovic ao operacionalizar matematicamente o impacto do encarceramento sobre o desemprego foram considerados consistentes com sua hipótese (YANKOVIC, 1977, p.30), exceto em duas situações: no período de 1930-1940 (Grande Depressão) e no período 1926-1960, nas prisões federais. Sobre isso, ele comenta:

> The finding were consistent with the hypothesis. The relationship between unemployment and imprisonment was positive and statistically significant, regardless of the volume of criminal activity. There were 2 exceptions. This relationship did not obtain during the Great Depression (1930-1940), and federal imprisonment rates did not correlate with unemployment rates prior to 1960. It was suggested that the extent of unemployment during the depression and the conciliatory policies of the New Deal prevented the positive correlation between imprisonment and unemployment. No satisfactory explanation was found for the aberrant behavior of the federal prison population, but it was suggested tentatively that, prior to 1960, federal prisoners included larger numbers of white-collar offenders,

> atypical of the marginal labor force member who populate the state prisons. (YANKOVIC, 1977, p.30)

A teoria da severidade tal como proposta teve muita relevância para o desenvolvimento do modelo teórico da economia política da pena, tendo sido revisitada em diversas ocasiões. Em recente trabalho publicado na Revista Discursos Sediciosos, Marco Aurélio Nunes da Silveira (2012) aduz que entre os estudos que relacionaram desemprego e encarceramento estão os de Theodore Chiricos e Miriam Delone (1992), Bernard Laffargue e Thierry Godefroy (1989) e Bruce Western, Katherine Beckett e David Harding (2002). Chiricos e Delone analisaram quarenta e quatro estudos empíricos acerca das teorias da severidade e utilidade e concluíram que as evidências sugerem uma consistente e significativa relação entre a população carcerária e a reserva da força de trabalho, independentemente dos efeitos do crime. Também concluíram que essa relação mostra-se mais forte quando parâmetros de idade, raça e gênero são utilizados (1992, p.421). Laffargue e Godefroy estudaram o caso francês, a partir do conceito de subproletariado, relacionando insegurança social e punitividade. Para eles, a aplicação da "hipótese de Rusche e Kirchheimer" pode testar a relação entre mercado de trabalho e encarceramento, ainda que não se possa concluir irrestritamente pela validade do modelo teórico (LAFFARGUE, GODEFROY *apud* SILVEIRA, 2012, p.304). Já o trabalho de Western, Beckett e Harding (2002), republicado na Revista Discursos Sediciosos, conseguiu demonstrar o fundamento de aplicabilidade da teoria da utilidade ao caso da sociedade americana (SILVEIRA, 2012, p.301), ao considerar o desemprego como forma de desemprego oculto.

Com efeito, para esses autores, a despeito de notória opinião pública sobre a pretensa desregulamentação da economia americana, seu mercado de trabalho seria fortemente modelado através do sistema penal. Desmistificando o que chamam das "novas ortodoxias no debate sobre o emprego" (WESTERN, BECKETT, HARDING, 2002, p.41) - segundo as quais os Estados Unidos ofereceriam o modelo de mercado livre em que o "jogo puro e perfeito da oferta e da demanda produz salários e empregos" (idem, p.41) em proporções histórias sem precedentes -, os autores defendem que a política penal americana foi suplantando progressivamente a política social como resposta à crescente desigualdade, encarcerando em massa a fim de subtrair das estatísticas uma grande

quantidade de adultos em idade de trabalhar, aumentar a desigualdade étnica face ao desemprego e reduzir o potencial produtivo da população ativa, ao minar as possibilidades de emprego dos ex-presidiários (WESTERN, BECKETT, HARDING, 2002, p.41, 45, 47). Seu trabalho apresenta composições matemáticas que levam em consideração os dados americanos relativos ao desemprego corrigidos, de maneira a incluir na população desempregada também a população carcerária; além de uma análise específica em relação ao desemprego e encarceramento da população negra. Dessa forma, a pesquisa por eles apresentada conclui que "a persistência de um baixo índice de desemprego nos Estados Unidos depende de um alto índice de encarceramento e em constante elevação".

6 Considerações finais

A economia política da pena conforma-se como um saber específico, cujo remonte histórico auxilia na compreensão de seus desdobramentos contemporâneos, vez que algumas obras paradigmáticas continuam a orientar o trabalho hodiernamente desenvolvido pelos autores que se dedicam a esse campo de pesquisa. Os trabalhos publicados na Revista Discursos Sediciosos (2000-2015), em especial, retomam principalmente o debate havido nas últimas décadas acerca da obra "Punição e estrutura social" e seus desdobramentos nas teorias da severidade e da utilidade, como propostas por Ivan Yankovic (1977). Não se pode, contudo, afirmar o alcance teórico de tais hipóteses derivativas, o que exigiria um estudo mais aprofundado.

7 Referências bibliográficas

ANDERSEN, Gosta Esping. O futuro do Welfare State na nova ordem mundial. In: **Lua Nova**: Revista de Cultura e Política, nº.35. São Paulo: 1995

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de segurança jurídica**: do controle da violência à violência do controle penal. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução crítica a criminologia brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

CHIRICOS, Theodore Chiricos; DELONE, Miriam Delone. **Labor Surplus and Punishment:** A Review and Assessment of Theory and Evidence. In: *Social problems*, Volume 39, Issue 4, 01 November 1992.

DE GIORGI, Alessandro. **Re-thinking the Political Economy of Punishment**: Perspectives on Post-fordism And Penal Politics (Advances in Criminology). Ashgate Pub Co, 2006

FOUCAULT, Michel Foucault. **Vigiar e punir**: história da violência nas prisões. Petrópolis, Vozes, 2008.

FREEMAN, Richard B. **O modelo econômico dos EUA num teste comparativo**. In *Discursos Sediciosos nº 11*. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. **As históricas ingerências do capital na conformação dos sistemas punitivos**. In *Discursos Sediciosos nº 19/20*. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

JANKOVIC, Ivan. **Labor market and imprisonment.** In: *Crime and Social Justice*, nº 8 (fall-winter, 1977), p. 17-31

LAFFARGUE, Bernard; GODEFROY, Thierry. **Economic cicles and punishment**: unemployment and imprisonment. A time-series study: France 1920-1985. In: *Contemporary crises*, 13, 1989, p.371-404.

MELOSSI, Dario Melossi; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e fábrica**: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX). Rio de Janeiro, Revan, Instituto Carioca de Criminologia, 2006.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1999.

SELLIN, Johan Thorsten. **Research Memorandum on Crime in the Depression,** Issue 1. Social Science Research Council, 1937

SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da**. Economia política da pena**: desemprego e encarceramento no Brasil. In *Discursos Sediciosos nº 19/20*. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

STERN, Thomas. **The Effect of the Depression on Prison Commitments and Sentences**. In: *Journal of Criminal Law and Criminology*. v. 31, issue 6, 1941.
WACQUANT, Loïc. **Classe, raça e hiperencarceramento na América revanchista**. In *Discursos Sediciosos nº 19/20*. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

WESTERN, Bruce; BECKETT, Katherine; HARVING, David. **Sistema penal e mercado de trabalhos nos EUA**. In *Discursos Sediciosos nº 11*. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

YEAGER, Matthew G. Unemployment and Imprisonment. In: ***Journal of Criminal Law and Criminology***. Vol. 70, nº 4 Winter, 1979. p.586-588.

A TOLERÂNCIA LIBERAL NO DIREITO DOS POVOS DE JOHN RAWLS

Ana Catarina de Alencar[*]

Palavras-Chaves: tolerância liberal; direitos dos povos; John Rawls.

Resumo: Este trabalho tem como objetivo analisar e compreender a teoria da tolerância liberal desenvolvida por John Rawls no âmbito do "Direito dos Povos", a fim de verificar em que medida esta encontra respaldo naquela desenvolvida em "O Liberalismo Político", tendo em vista às várias aproximações e assimetrias demonstradas entre ambas as noções ao longo das duas obras. Em seus escritos mais tardios, Rawls estende seu ideal de tolerância para o âmbito do Direito Internacional, tomando como ponto de partida a justiça como equidade. Nesta segunda fase, e especialmente a partir da publicação da obra "O Direito dos povos", John Rawls aplica sua concepção de justiça doméstica à "Sociedade dos Povos" abrangendo povos liberais e não-liberais. Nesta obra, Rawls considera cinco tipos diferentes de sociedades domésticas, a saber, povos liberais razoáveis: aqueles que aderem ao modelo descrito pela justiça como equidade, portanto, as democracias constitucionais ocidentais e aquelas que subscrevem os princípios do Estado democrático de Direito; os povos decentes: povos não-liberais com uma estrutura básica que pode ser denominada "hierarquia de consulta decente", na medida em que não negam os direitos humanos, mas os reconhecem e os protegem, inclusive permitindo aos seus cidadãos o direito de serem consultados ou um papel substancial nas decisões; Estados fora da lei: regimes que se recusam a aquiescer a um Direito dos Povos razoável, recorrendo à guerra e ao terrorismo para promover seus interesses não-razoáveis; a sociedade sob o ônus de condições desfavoráveis: aquelas cujas circunstâncias históricas, sociais e econômicas tornam difícil, se não impossível, alcançar um regime bem-ordenado; os absolutismos benevolentes: povos que honram os direitos humanos, mas negam aos seus membros um papel significativo nas decisões políticas. Neste sentido, a noção de tolerância será utilizada por John Rawls, a fim de desenvolver os limites e exprimir a natureza do entendimento mútuo entre povos liberais e não liberais[1]. Deste modo, o trabalho objetiva analisar e compreender a noção de tolerância presente em "O Direitos dos Povos" relacionando-a com "O liberalismo político".

[*]Assessora Jurídica no Instituto de Desenvolvimento e Direitos Humanos – IDDH. Bacharel pela Faculdade Cenecista de Joinville. **Currículo Lattes**: lattes.cnpq.br/6485258455018753.

Keywords: Liberal tolerance; Law of Peoples; John Rawls.

Abstract: This paper aims to analyze and understand the theory of liberal tolerance developed by John Rawls under the "Law of Peoples", in order to ascertain to what extent this is supported by the theory developed in "The Political Liberalism", according to the various approaches and asymmetries between both notions given along the two works. In his later writings, Rawls extended his ideal of tolerance to the international law realm, taking as its starting point the justice as fairness. In this second phase, and especially since the publication of "The Law of Peoples", John Rawls applies his conception of domestic justice to the "Society of Peoples" including liberal and illiberal societies. In this work, Rawls considers five different types of domestic societies, namely, reasonable liberal peoples: those who adhere to the model described by justice as fairness, therefore, western constitutional democracies and those who subscribe to the principles of the democratic rule of law; decent people: illiberal people with a basic structure that can be called "decent consultation hierarchy," in such it does not deny human rights, but recognize them and protect them, including allowing its citizens the right to be consulted or a substantial role in decisions; States outlaw: regimes that refuse to acquiesce to a reasonable Law of Peoples, resorting to war and terrorism to promote their unreasonable interests; society under the burden of unfavorable conditions: those whose historical, social and economic circumstances make it difficult, if not impossible, to achieve a well-ordered system; benevolent absolutism: people who honor human rights but deny its members a significant role in political decisions. In this sense, the notion of tolerance will be used by John Rawls in order to develop the limits and express the nature of mutual understanding between liberal and illiberal people. Thus, the study aims to analyze and understand the notion of tolerance present in "The Rights of Peoples" relating it to "Political Liberalism".

[1] Rawls (2001, p. 77) "[...] significa reconhecer estas sociedades não-liberais como membros participantes iguais na Sociedade dos Povos, com certos direitos e obrigações, inclusive o dever de civilidade, exigindo que ofereçam a outros povos razões para seus atos adequadas à Sociedade dos Povos"

1 Introdução: da justiça como equidade para o direito dos povos

A teoria da justiça de John Rawls começa a tomar os contornos de um projeto político do qual se pode inferir uma noção de tolerância liberal de uma concepção de justiça política pública, a partir da publicação de seu escrito "O Liberalismo Político" em 1993, no qual é empreendida uma reorientação da formulação de uma concepção de justiça para o campo moral-político, tendo em vista o reconhecimento do fato do pluralismo como dado empírico das sociedades complexas contemporâneas[2].

A obra magistral do filósofo de Harvard "Uma Teoria da Justiça" de 1971 consistiu em um projeto filosófico-moral, a fim de conciliar os ideais de liberdade e igualdade em uma única concepção de justiça. Assim, a obra de John Rawls pode ser vista dentro do conjunto denominado "liberalismo igualitário" ou "igualitarismo liberal", no qual há certo consenso à respeito dos princípios de justiça que servem de alicerces para uma sociedade justa (VITA, 2007, p. 201).

Portanto, trata-se de uma teoria que buscou, de modo inédito à época, defender conjuntamente os ideais de igualdade e de liberdade, estruturando ambos os valores de maneira harmoniosa dentro de uma única teoria da justiça por meio de uma releitura da idéia de contrato social. Esta conciliação empreendida por Rawls em sua concepção de justiça como equidade tornou possível eleger um modelo de justiça política que fosse alternativo ao utilitarismo e ao intuicionismo (GARGARELA, 2008, p. 2-3). A justiça como equidade se coloca como um marco na história da filosofia política (FREEMAN, 2003, p. 62), tendo em vista sua ambição inovadora à época, de uma razão política fundamentada em um acordo de cooperação social equitativa entre os membros de uma sociedade.

Contudo, a teoria da justiça parecia falhar em seus propósitos políticos, tendo em vista que a justiça como equidade era entendida como uma doutrina abrangente do bem, eis que integrante de uma doutrina filosófica que se poderia conhecer analisando a terceira parte da obra "Uma Teoria da Justiça" [3]. Tratava-se de um liberalismo de tipo abrangente

[2] RAWLS (2011, p. 20). "Dado o fato do pluralismo razoável da cultura democrática, o objetivo da cultura democrática, o objetivo do liberalismo político consiste em revelar as condições de possibilidade de uma base pública razoável de justificação no que diz respeito à questões políticas fundamentais".

[3] Rawls (2011, p. 15-16) "O grave problema que tenho em mente diz respeito à ideia irrealista de sociedade bem-ordenada, tal como aparece em Teoria. Uma característica essencial da sociedade bem-ordenada, associada à justiça como equidade, é que todos os seus cidadãos respaldam essa concepção com base no que agora denomino uma doutrina filosófica abrangente. É tendo essa doutrina como fundamento que os cidadãos aceitam os dois princípios da justiça como equidade. De maneira semelhante, na sociedade bem-ordenada associada ao utilitarismo, os cidadãos em geral subscrevem essa visão como uma doutrina filosófica abrangente e por isso aceitam o princípio de utilidade. [...]. O problema sério que há nisso é o seguinte: uma sociedade democrática moderna não se caracteriza apenas por um pluralismo de doutrinas religiosas, filosóficas e morais abrangentes, e sim por um pluralismo de doutrinas incompatíveis entre si e que, no entanto, são razoáveis. Nenhuma dessas doutrinas é professada pelos cidadãos em geral. Tampouco deveríamos supor que em um futuro previsível uma delas, ou outra doutrina razoável que possa surgir, venha a ser professada por todos ou por quase todos os cidadãos. [...]. O fato de haver uma pluralidade de doutrinas abrangentes razoáveis, mas incompatíveis entre si – o fato do pluralismo razoável – demonstra que, tal como se emprega em Teoria, a ideia de sociedade bem-ordenada da justiça como equidade é irrealista".

que revelava uma teoria da escolha racional, na qual se considerava que a "boa vida" era aquela extraída de uma escolha racional e autônoma dentre os vários modos de vida possíveis em uma sociedade. Logo, a teoria da justiça não poderia subsistir frente ao fato do pluralismo inerente às sociedades complexas, pois a concepção de bem enquanto racionalidade poderia ser incompatível com as demais concepções abrangentes de bem ali existentes comprometendo o projeto da estabilidade.

Assim, a teoria da justiça não passava pelo teste da estabilidade de em uma democracia constitucional, que consiste em saber se e em que medida uma tal concepção é compatível com o pluralismo de valores e realiza um ideal de tolerância satisfatório aos propósitos das várias doutrinas abrangentes de bem.

Neste sentido, a imposição ou sectarismo por parte do Estado em relação a uma doutrina abrangente do bem culminaria na restrição dos planos pessoais de vida dos membros de uma sociedade complexa, tornando dificultosa a realização deste mesmo ideal de tolerância recíproca entre indivíduos e o Estado.

Assim, demonstrou-se patente que referida noção de tolerância mútua, haja vista que o construto da posição original e do véu de ignorância preconizam a igualdade e a neutralidade de todos com relação às suas doutrinas abrangentes de bem, o que torna possível em uma segunda fase o consenso sobreposto e a prática da razão pública, colocam em tela a reciprocidade e o paralelismo desta práxis entre as partes em uma democracia liberal doméstica, ressaltando-se que um regime desta natureza dependa de certo entendimento entre sujeitos independentes e profundamente divididos num mesmo espaço social.

Diante disto, o conflito conducente a uma grave crise de estabilidade dentro da teoria da justiça e que, por conseguinte, ilidiria uma noção satisfatória de tolerância liberal circunscrita a razões de cunho político, é dirimido em "O Liberalismo Político" na medida em que John Rawls empreende uma distinção entre filosofia moral e filosofia política. Em síntese, esta distinção consistiu em retirar a justiça do âmbito moral para formulá-la dentro do domínio do político[4].

Neste sentido, a questão proposta pelo problema da estabilidade enfrentado por Rawls possui importantes implicações no que diz respeito à sua noção de tolerância liberal. Nota-se que a tolerância é compreendida dentro do próprio ideal de justiça de Rawls, de forma que sua realização enquanto prática de uma sociedade democrática liberal realiza a concepção de justiça em si mesma[5].

Assim, a partir da reorientação de sua obra como um todo, inaugurada pelo seu "O Liberalismo Político" John Rawls reformula a teoria da justiça indo de uma concepção filosófica moral de justiça para uma concepção moral política de justiça que delineia uma noção de tolerância aplicável às sociedades democráticas liberais domésticas[6].

O filósofo de Harvard lança mão de três métodos principais de justificação ao longo de sua teoria como um todo (FREEMAN, 2003, p. 139). No que diz respeito à sua concepção

[4] Rawls (2011, p. 19-20) "[...] a distinção entre concepções políticas e outras concepções morais é uma questão de alcance, isto é, gama de objetos aos quais a concepção se aplica e o conteúdo mais amplo que uma gama mais ampla de objetos requer. Dizemos que uma concepção é geral quando se aplica a ampla gama de objetos (no limite, a todos os objetos); é abrangente quando inclui concepções do que se considera valioso na vida humana, bem como ideais de virtude e caráter pessoais, que devem conformar grande parte de nossa conduta não política (no limite, nossa vida como um todo). Existe uma tendência a que as concepções religiosas e filosóficas sejam gerais e plenamente abrangentes; de fato, que o sejam é considerado por vezes, como um ideal a ser realizado. Uma doutrina é plenamente abrangente quando abarca todos os valores e virtudes dentro de um sistema de pensamento mais ou menos bem articulado, ao passo que uma doutrina é apenas parcialmente abrangente quando abarca determinados (mas, não todos) valores e virtudes não políticos e é articulada de maneira mesmo rigorosa. Observe-se que, por definição, uma concepção só pode ser considerada mesmo parcialmente abrangente caso se estenda além do político e abarque valores e virtudes não políticos".

[5] Rawls (2011, p. 27) "[...] como é possível existir, ao longo do tempo, uma sociedade estável e justa de cidadãos livres e iguais que se encontram profundamente divididos por doutrinas religiosas, filosóficas e morais razoáveis?"

[6] Rawls (2011, p. 19-20): "A ambigüidade de Teoria á agora eliminada, e a justiça como equidade passa a ser apresentada, desde o princípio, como uma concepção política de justiça. [...]. O problema do liberalismo político consiste em elaborar uma concepção de justiça política para um regime democrático constitucional que uma pluralidade de doutrinas razoáveis – que sempre constitui uma característica da cultura de um regime democrático livre possa subscrever. A intenção não é substituir essas visões abrangentes, nem lhes dar um fundamento verdadeiro. [...]. Dado o fato do pluralismo razoável da cultura democrática, objetivo do liberalismo político consiste em revelar as condições de possibilidade de uma base pública razoável de justificação no que diz respeito a questões políticas fundamentais".

moral-política de justiça, o principal molde de justificação é encontrado por meio da categoria do Consenso Sobreposto e da Razão Pública.

O Consenso Sobreposto pretende fechar a lacuna deixada pelo problema da estabilidade visto em "Uma Teoria da Justiça", sem suplantar as doutrinas abrangentes razoáveis como expressão do próprio fato do pluralismo (RAWLS, 2011, p. 157-158).

Em suma, o recurso ao Consenso Sobreposto assevera que a unicidade social no que diz respeito a uma concepção pública de justiça ratificada por todos é possível, na medida em que, a partir de um elemento moral de sua própria concepção abrangente, os cidadãos assentem aos valores políticos desta concepção de justiça política pública, tornando a concepção de tolerância mais ampla e profunda.

Este é um consenso para além do pluralismo de valores, que pressupõe que os indivíduos em uma sociedade democrática sempre possuem uma concepção abrangente de bem e uma concepção moral-política. A ideia de um "eu dividido" entre concepções públicas e não-públicas advém da própria noção de indivíduo razoável de Rawls. Uma pessoa razoável é aquela capaz de moldar sua conduta aos termos equitativos de cooperação escolhidos pelos membros da sociedade.

Logo, o indivíduo se divide em um "eu" público, correspondente à noção de justiça política e a um "eu" não-público, correspondente à sua doutrina abrangente.

O Consenso Sobreposto justifica-se com base na ideia de Razão Pública (RAWLS, 2011, p. 250-251), pautado nas ideias presentes na cultura política democrática liberal. Por conseguinte, se trata de um consenso exercido por indivíduos que se consideram cidadãos livres, iguais e autônomos.

Assim, a justificação da concepção política pública de John Rawls não passa pelo estabelecimento de uma verdade objetiva do ponto de vista moral-filósofico, tendo em vista que esta mesma concepção é auto-sustentável com relação às doutrinas abrangentes de bem, afastando qualquer fundacionismo ou dogmatismo e afirmando um ideal de tolerância enquanto neutralidade, a partir de um liberalismo que se coloca estritamente no plano político.

Portanto, o papel de uma democracia liberal encontra lastro em realizar a tolerância liberal como neutralidade em relação às diversas concepções da "boa-vida", tendo em vista a preservação do pluralismo razoável.

Em suma, no "Liberalismo Político" a noção de tolerância liberal corresponde à uma atitude de afastamento ou neutralidade face à verdade das doutrinas abrangentes do bem para a estruturação de uma concepção de justiça política pública, por meio do construto da posição original e do véu de ignorância e, em um segundo momento atuando como uma práxis de um regime liberal, por meio do Consenso Sobreposto e do uso da Razão Pública que realiza a tolerância liberal de acordo com a concepção de justiça política concebida pela sociedade bem-ordenada.

Em seus escritos mais tardios, Rawls estende seu ideal de tolerância para o âmbito do Direito Internacional, tomando-se como ponto de partida a justiça como equidade. Nesta segunda fase, e especialmente a partir da publicação da obra "O Direito dos povos" em 1997, John Rawls aplica sua concepção de justiça doméstica à "Sociedade dos Povos" abrangendo povos liberais e não-liberais (FREEMAN, 2003, p. 44).

Nesta obra, Rawls considera cinco tipos diferentes de sociedades domésticas, a saber, povos liberais razoáveis: aqueles que aderem, numa maior ou menor proporção, ao modelo descrito pela justiça como equidade, portanto as democracias constitucionais ocidentais e aquelas que subscrevem os princípios do Estado democrático de Direito; os povos decentes: povos não-liberais com uma estrutura básica que pode ser denominada "hierarquia de consulta decente", na medida em que não negam os direitos humanos, mas os reconhecem e os protegem, inclusive permitindo aos seus cidadãos o direito de serem consultados ou um papel substancial nas decisões; Estados fora da lei: regimes que se recusam a aquiescer a um Direito dos Povos razoável, recorrendo à guerra e ao terrorismo para promover seus interesses não-razoáveis; a sociedade sob o ônus de condições desfavoráveis: aquelas cujas circunstâncias históricas, sociais e econômicas tornam difícil, se não impossível, alcançar um regime bem-ordenado; (5) os absolutismos benevolentes: povos que honram os direitos humanos, mas negam aos seus membros um papel significativo nas decisões políticas (FREEMAN, 2003, p. 45).

Deste modo, os povos que se encontram entre os extremos de um regime liberal e de um regime fora da lei, são considerados "povos decentes", na medida em que possuam as características necessárias para serem aceitos como membros da Sociedade dos Povos, mas não necessariamente adotem uma democracia liberal. Neste sentido, a noção de tolerância

será utilizada por John Rawls, a fim de desenvolver os limites e exprimir a natureza do entendimento mútuo entre povos liberais e não liberais[7].

A retomada da discussão que se coloca em "O Liberalismo Político", na transição de uma concepção de justiça de filosofia moral para uma reformulação dentro do campo filosófico político se relaciona à tolerância no "Direitos dos povos", na medida em que a atitude de extensão da tolerância aos povos considerados não-liberais se torna possível quando se toma como ponto de partida um liberalismo não-abrangente, isto é, um liberalismo político (TAN, 1998, p. 277).

2 A segunda posição original no direito dos povos

A seção 58 de "Uma Teoria de Justiça" pode ser considerada como protótipo da teoria que deveria se seguir, estendendo seu ideal de justiça equitativa ao âmbito internacional.

Assim, Rawls retoma a ideia de uma posição original (RAWLS, 2001, p. 41), tendo como foco ainda os Estados enquanto partes do contrato original, que ocorreria após a primeira posição original e escolha dos princípios na esfera doméstica. Esta segunda posição original teria como propósito a elaboração de princípios que regulamentem as relações de política externa entre as Nações. De mesmo modo, o véu de ignorância aplicar-se-ia a este segundo estágio na esfera internacional, para que as partes (os Estados) saibam apenas o necessário para tomar decisões racionais que protejam seus interesses. O mecanismo da posição original em âmbito internacional busca anular o contexto histórico e mazelas sociais que poderiam impactar a escolha dos princípios de justiça, a fim de colocar os Estados em um patamar de igualdade[8].

[7] RAWLS (2001, p. 77) "[...] significa reconhecer estas sociedades não-liberais como membros participantes iguais na Sociedade dos Povos, com certos direitos e obrigações, inclusive o dever de civilidade, exigindo que ofereçam a outros povos razões para seus atos adequadas à Sociedade dos Povos".

[8] Rawls (2001, p. 42) "[...] as partes não conhecem, por exemplo, o tamanho do território, a população ou a força relativa do povo cujos interesses fundamentais representam. Embora saibam que existem condições razoavelmente favoráveis para tornar a democracia constitucional – já que sabem que representam sociedades liberais -, elas não conhecem o âmbito dos seus recursos naturais nem o nível de seu desenvolvimento econômico, nem outras informações desse tipo".

A partir da concepção de "povos" e não de Estados, Rawls extrai princípios de justiça aplicáveis internacionalmente em uma segunda posição original global. Rawls tem como ponto de partida a concepção de "povos" (que ele visa diferenciar de Estados) ocupando o papel das partes nos contratos. O autor compreende, deste modo, que os princípios aplicáveis na esfera internacional decorrem de uma segunda etapa da *posição original*. Os indivíduos não são mais considerados nesta etapa devido ao fato de que suas reivindicações já teriam sido consideradas na "primeira" posição original. Rawls justifica a ideia de povos[9] e não Estados na segunda posição original, para que se possa atribuir motivação moral para que a sociedade dos povos pactue com os princípios de justiça deste segundo contrato social.

3 O ideal de tolerância liberal

Nesta obra, Rawls considera cinco tipos diferentes de sociedades domésticas, a saber, povos liberais razoáveis: aqueles que aderem, numa maior ou menor proporção, ao modelo descrito pela justiça como equidade, portanto as democracias constitucionais ocidentais e aquelas que subscrevem os princípios do Estado democrático de Direito; os povos decentes: povos não-liberais com uma estrutura básica que pode ser denominada "hierarquia de consulta decente", na medida em que não negam os direitos humanos, mas os reconhecem e os protegem, inclusive permitindo aos seus cidadãos o direito de serem consultados ou um papel substancial nas decisões; Estados fora da lei: regimes que se recusam a aquiescer a um Direito dos Povos razoável, recorrendo à guerra e ao terrorismo para promover seus interesses não-razoáveis; a sociedade sob o ônus de condições desfavoráveis: aquelas cujas circunstâncias históricas, sociais e econômicas tornam difícil, se não impossível, alcançar um regime bem-ordenado; os absolutismos benevolentes: povos

[9] Rawls (2001, p. 38) "Uma diferença entre povos liberais e Estados é que apenas os povos liberais limitam os seus interesses básicos como exigido pelo razoável. Por contraste, o conteúdo dos interesses dos Estados não permite que sejam estáveis pelas razões certas: isto é, por aceitarem e agirem com firmeza com base em um Direito dos Povos justo. Os povos liberais, contudo, têm realmente os seus interesses fundamentais, permitidos pelas suas concepções de direito e de justiça. Buscam proteger o seu território, garantir a segurança od seus cidadãos, preservar suas instituições políticas livres e as liberdades e a cultura livre de sua sociedade civil. Além desses interesses, um povo liberal pode viver com outros povos de caráter semelhante sustentado a justiça e preservando a paz".

que honram os direitos humanos, mas negam aos seus membros um papel significativo nas decisões políticas (RAWLS, 2001, p. 45).

Deste modo, os povos que se encontram entre os extremos de um regime liberal e de um regime fora da lei, são considerados "povos decentes", na medida em que possuam as características necessárias para serem aceitos como membros da Sociedade dos Povos[10], mas não necessariamente adotem uma democracia liberal.

Neste sentido, a noção de tolerância será utilizada por John Rawls, a fim de desenvolver os limites e exprimir a natureza do entendimento mútuo entre povos liberais e não liberais.

4 Sociedades não-liberais decentes

De acordo com John Rawls, o princípio de tolerância liberal estende-se a sociedades não-liberais, mas consideradas decentes[11]. O filósofo exemplifica a questão através do Estado fictício do Casanistão (RAWLS, 2001, p. 98). Trata-se de um país muçulmano que respeita um rol mínimo de Direitos Humanos e possibilita a participação política de seus cidadãos por meio de uma hierarquia de consulta decente. Logo, coloca-se o cenário de um Estado não liberal, que não possui fins agressivos e reconhece a independência dos outros Estados, além de honrar direitos humanos básicos.

Por outro lado, o Casanistão é o perfeito exemplo de um Estado não-liberal, tendo em vista que não defende e acata os direitos e liberdades padrão das sociedades liberais. Não há um reconhecimento seja tácito ou explícito por parte de um Estado não-liberal de que seus cidadãos sejam sujeitos livres e iguais; o que é de se esperar em sociedades liberais em geral. De acordo com Kok-Chor Tan, uma teocracia bem ordenada como as de Singapura e da Malasia também seriam bons exemplos para elucidar a questão.

[10] Rawls (2001, p. 77) "[...] significa reconhecer estas sociedades não-liberais como membros participantes iguais na Sociedade dos Povos, com certos direitos e obrigações, inclusive o dever de civilidade, exigindo que ofereçam a outros povos razões para seus atos adequadas à Sociedade dos Povos".

[11] Rawls (2001, p. 77) "De modo similar, dizemos que, contanto que as instituições básicas de uma sociedade não-liberal cumpram certas condições específicas de direito, política e justiça, e levem seu povo a honrar um Direito razoável e justo para a Sociedade dos Povos, um povo liberal deve tolerar e aceitar essa sociedade. Na ausência de um nome melhor, às sociedades que satisfazem essas condições chamo povos decentes".

O aspecto polêmico desta discussão se coloca no sentido de saber como nações liberais e a comunidade internacional deverão responder aos chamos Estados não-liberais, porém decentes.

> Rawls pensa a tolerância como o refrear-se ou deixar de intervir. Em sua interpretação, povos decentes são considerados injustos e sujeitos às críticas e o que a Lei dos Povos se preocupa em evitar é apenas o uso da força para obrigar alguma reforma. Mas, tal interpretação não provê um espaço conceitual entre a tolerância e não-intervenção, e assim é inconsistente com a frase citada logo acima e também está em disparidade com os próprios comentários explícitos de Rawls de que sociedades-fora-da-lei certamente não devem ser toleradas e de que são passíveis de intervenção apenas em casos excepcionais – o que implica que a não-tolerância e a não intervenção não são idênticas. Além disso, é difícil ver como povos decentes devem ser considerados injustos quando, a partir do ponto de vista da justiça liberal, os povos decentes não são completamente justos tal como diz Rawls (TAN, 2010, p. 58).

Como o ocidente liberal deve interpretar a introdução "democrática" de uma lei no Afeganistão que restringe a liberdade das mulheres? Suponha-se que esta lei, proposta para a vida familiar, aplique-se às mulheres pertencentes à minoria Xiita e inclua uma regra de que tais mulheres só podem sair de suas casas com um propósito legítimo, além de regulamentar o casamento, o divórcio e a custódia de crianças de modo altamente discriminatório. Estas restrições na liberdade das mulheres propostas por um país autodeterminado a partir de fundamentos religiosos e culturais devem ser toleradas ou devem ser criticadas pela comunidade internacional e Estados liberais (TAN, 2010, p. 53)?

> Por exemplo, uma sociedade hierárquica que não acredita que homens e mulheres têm posições iguais como cidadãos, que não permite liberdades religiosas iguais, não permite a participação democrática, limita a liberdade de associação e de expressão pode, ainda assim, respeitar os direitos humanos básicos de seus membros e coexistir pacificamente com outras sociedades mesmo que claramente ela não seja ua sociedade igualitária liberal. Tal sociedade é hierárquica e não igualitária liberal; mas, pelo ato de ser bem ordenada está apta a cumprir requisitos básicos de justiça internacional (TAN, 2010, p. 59).

Assim, a questão que se coloca então é se e em que medida um Estado Liberal deveria tolerar um Estado não liberal. Neste ponto da formulação de sua teoria, Rawls recebeu inúmeras críticas, tendo em vista que a extensão de sua teoria para o âmbito da justiça internacional parece ter se distanciado significativamente daquela da justiça como equidade e do próprio Liberalismo Político.

> [...] minha questão é mais precisamente a seguinte: os estados liberais devem não apenas refrear-se de agir contra (por intervenção militar, por exemplo) estados não-liberais, mas também reconhecê-los como sociedades de boa reputação numa sociedade global de estados justos? Ou os estados liberais não devem tolerar os estados não-liberais, ou seja, não reconhecê-los como sociedades de boa reputação? (TAN, 2010, p. 58)

Considera Kok Chor Tan que, existe certo relaxamento da teoria do Direito dos Povos em relação à Teoria da Justiça como equidade em âmbito interno[12]. Na Teoria da Justiça como equidade, Rawls considera toleráveis as doutrinas abrangentes de bem razoáveis, isto é, as cosmovisões existentes em sociedade que podem fazer parte de um consenso sobreposto sem causar a instabilidade do regime político e social. Logo, de acordo com Rawls na justiça como equidade, uma lei que preveja a desigualdade entre homens e mulheres em âmbito interno pode e deve ser repudiada. Contudo, uma lei que faça o mesmo no Casanistão deve ser encarada a partir da perspectiva da não-intervenção. Nota-se que esta assimetria leva a um descompasso moral entre as concepções acolhidas pelos sujeitos em âmbito interno e âmbito externo[13].

Além disto, no que diz respeito ao elemento igualitário presente na justiça como equidade, nota-se que em âmbito internacional o mesmo relaxamento é observado. Para Rawls, apenas o assistencialismo é desejável para resolver o problema da fome e da miséria entre povos no mundo. Seu ideal de justiça como equidade não se aplica à estrutura básica dos outros Estados, sendo exigido neste sentido apenas a criação de fundos e doações e detrimento da reestruturação dos mecanismos sociais e políticos dos Estados.

Neste sentido, uma das mais importantes questões em análise consiste em saber qual a noção de tolerância delineada por John Rawls em "O Direitos dos Povos", face à seu

---

[12] Tan (1998, p. 279-280; 283) "*But at the international level, Rawls advocates tolerating regimes with non-liberal political institutions. He says that 'Whenever the scope of toleration is extended... the criteria of reasonableness is relaxed'. An so non-liberal politics, unreasonable in the domestic context, becomes reasonable in the international context*".

[13] Tan (1998, p. 283-284) "*It seems that while Rawls would say that a liberal state should criticize a domestic comprehensive view which forbids its members from exercising their public rights (like the right to vote in public elections), this same state should not criticize a WHS (well hierarchical society) which denies some of its citizens this same right. This seems blatantly inconsistent to me. Why does Rawls hold this position? Rawls does not provide a satisfactory answer here. He points out that although domestic liberalism begins from a political conception of the person as free and equal and rooted in a liberal public culture, to begin from similar assumption in the international case would make the basis for justice 'to narrow'. This is one of Rawls's expressed reasons for employing a two stage original position procedure. But why avoid this 'too narrow' basis for a law of peoples? It is because liberal toleration requires that we do? Or it is because Rawls worries that WHSs (well hierarchical society)would not endorse the law of peoples otherwise?*".

"O Liberalismo Político", bem como em que medida tais concepções dialogam e divergem entre si. A controversa defesa de Rawls segundo a qual, povos não-liberais devam ser tolerados, pretende tornar sua concepção de justiça inclusiva sem demandar exigência do comprometimento com valores liberais em um projeto de alcance global.

Contudo, a atitude do autor em amparar regimes que realizam políticas não-liberais, que em âmbito doméstico podem ser rechaçadas dado seu caráter não-razoável, coloca o problema da tensão entre a tolerância de regimes não-liberais e as aspirações liberais das pessoas.

A tolerância aplicada à povos não-liberais suscita a questão de abandonar-se uma concepção de justiça política que realize certos valores tais como a igualdade e a liberdade, rumo à luta contra a opressão dos povos em âmbito internacional, para assentir em instituições não-liberais que não necessariamente realizarão os valores inscritos em uma concepção de justiça, atuando segundo um mero *modus vivendi.*

Esta compreensão levaria ao desvelamento de uma teoria da tolerância liberal mais restrita do que a vista em "O Liberalismo Político", na qual a tolerância é mais ampla e profunda a fim de afastar o endosso da concepção de justiça política por razões que não são certas.

A questão da tolerância em eras hodiernas importa no debate acerca da efetividade de uma concepção de justiça política que pressuponha um regime democrático liberal face ao mero *modus vivendi* ressaltando o caráter da discussão empreendida pelo filósofo de Harvard face às críticas deferidas à sua utopia realista.

5 O modelo rawlsiano face ao cosmopolitismo e ao intervencionismo

A afirmação da tolerância dos povos decentes vista em Rawls, acende um debate em torno da própria concepção de liberalismo adotada pelo filósofo. Neste sentido, Kok-Chor Tan ressalta que a noção de tolerância de Rawls se inscreve em um liberalismo que ele denomina "liberalismo de tolerância" em contraposição à um "liberalismo igualitário" (TAN, 2010, p. 67). Referida crítica cria uma polêmica em torno da discussão entre

internacionalistas e cosmopolitas quanto ao próprio valor da perspectiva liberal no cenário global.

De acordo com a crítica de Kok-Chor Tan, o liberalismo de Rawls é mais afeto a corrente teoria internacionalista, que confunde a prática da tolerância com o próprio liberalismo. Assim, povos decentes, ou não-liberais não são meramente tolerados, mas considerados reais membros da sociedade dos povos, mesmo que suas ações sejam passíveis de crítica.

A tolerância, neste sentido, se confunde com o próprio liberalismo. É uma exigência do liberalismo em si que os povos tolerem uns aos outros, sem qualquer imposição de um discurso dominante entre nações. Esta imposição de uma "agenda liberal" para povos não-liberais estaria a negar o próprio liberalismo, pautado por uma certa neutralidade de razões morais do agente.

> Não que seja apenas contraprodutivo ou ameaçador para a estabilidade global das sociedades liberais tentarem impulsionar reformas igualitárias liberais em sociedades decentes. Mais que isso, a base de princípios adotada por uma sociedade liberal não permite que se faça tal coisa. De fato, seria uma forma de desrespeito ado que isso acarreta a aplicação de princípios de avaliação em sociedades para as quais tais princípios são inapropriados ou inválidos. Assim, a concepção internacionalista sustenta que seria uma violação da tolerância global considerar uma sociedade que não é liberal, porém decente no mais, como uma sociedade injusta. Tal concepção rejeita como um ideal universal a premissa de que todas as pessoas no mundo estão intituladas a ser algo de igual consideração ou de que elas devam ser vistas como cidadãos livres e iguais pelos seus próprios estados, e sustenta que seria uma falta de respeito adequado a um pluralismo aceitável exigir que todas as sociedades organizem suas instituições políticas e sociais domésticas (internas) tendo em vista a pressuposição da igualdade política individual (TAN, 2010, p. 60).

Contudo, a perspectiva internacionalista, na qual se inscreve o Direito dos Povos de Rawls, é controversa na medida em que impede aos Estados liberais prestar auxílio à indivíduos de Estados não-liberais, que estejam na condição de dissidentes do regime político decente. Isso porque, tais Estados devem obedecer a não-intervenção, bem como a abstenção de tomar parte em discussões internas em outras nações.

> O problema com a concepção internacionalista de tolerância, a partir da perspectiva cosmopolita, é que ela impede as sociedades liberais de ir ao auxílio de pessoas de sociedades não-liberais cujos direitos de igual consideração lhes são negados pelos seus próprios estados. Na concepção internacionalista, é esperado das sociedades liberais não apenas que deixem de intervir, mas também de oficialmente tomar partido em disputas

> internas em outros estados (na medida em que nenhum direito humano básico tenha sido violado). [...]. Este é o problema de tolerar sociedades decentes não-liberais: ignora-se a condição dos dissidentes desses estados deixando-os a sua própria sorte (TAN, 2010, p. 65).

A corrente do cosmopolitismo, por sua vez, preconiza que os Estados adotem instituições democráticas igualitárias de algum tipo. Logo, alguns valores ou direitos dos Estados Liberais Democráticos devem ser adotados e respeitados. Entre estes direitos e valores pode-se citar o direito de participação democrática, de liberdade de expressão e de opinião, de igualdade de gênero, religiosa, geracional, entre outros.

Importa dizer que consoante a perspectiva cosmopolitista, a justiça global nada mais é do que a justiça igualitária liberal globalizada. Assim, se alguns dos compromissos econômicos e igualitários são demandados na agenda liberal, eles devem ser adotados por todos os povos.

> [...] o objetivo da justiça global é assegurar que as instituições e as relações internacionais estejam reguladas pelo princípio da igualdade individual. [...]. Na concepção cosmopolita, a justiça global exigiria, além disso, que todas as sociedades mantivessem e auxiliassem as instituições domésticas sociais e políticas que mostrassem igual consideração pelos seus membros. [...]. Assim, para que uma sociedade seja reconhecida como de boa reputação numa comunidade de povos justa; ela deve ser institucionalmente liberal e igualitária na sua organização política doméstica (TAN, 2010, p. 62-63).

O cosmopolitismo convive com a difícil tarefa de preservar a identificação do sujeito com a sua cultura e a valorização do nacionalismo. Além disso, adotar a política intervencionista pode ser ainda mais danoso na incitação do ódio e da guerra do que abster-se no sentido anti-intervencionista.

Por fim, impõe-se certo imperialismo moral (TAN, 2010, p. 80) através das práticas de intervenção e de adoção da agenda econômica e política liberal frente aos povos, tendo em vista que o liberalismo torna-se um discurso moral dominante, na medida em que a justiça global é necessariamente a justiça igualitária liberal globalizada.

6 Considerações finais

No estudo realizado, verificou-se que a partir da reorientação da teoria da justiça para uma concepção adstrita ao campo da filosofia política, o liberalismo não constitui uma

concepção abrangente do bem, razão pela qual a aplicação do ideal de tolerância à regimes não-liberais se torna possível. Contudo, o desenvolvimento da noção de tolerância liberal no "Liberalismo Político" e no "Direito dos Povos", tendo em vista seu construto teórico, não necessariamente é conducente às mesmas conclusões e premissas.

A discussão acerca da fundamentação de um ideal de tolerância nas duas obras perpassa diferentes construções teóricas, o que se pretendeu demonstrar, de forma que se põe a questão de verificar em que medida dialogam entre si.

No "Liberalismo Político", por meio da posição original e do véu de ignorância, que pressupõem a igualdade e neutralidade de todos com relação às suas doutrinas abrangentes de bem, tem-se que a noção de tolerância aplicável à sociedade doméstica se afeiçoa ao entendimento mútuo e à tolerância recíproca entre os indivíduos em condição de igualdade.

Logo, o Consenso Sobreposto e o uso da Razão Pública surgem em um segundo momento, a fim de assegurar a práxis da tolerância ali acordada segundo os princípios da concepção de justiça política. O "Direito dos Povos", por sua vez, considera uma segunda posição original (TAN, 1998, p. 279-280), partindo-se da premissa segundo a qual povos que em alguma medida compartilham de uma concepção de justiça política cumprindo certos requisitos são partes legítimas para participar da segunda posição original em condição de igualdade.

Em "O Direito dos Povos", Rawls assume atitude polêmica no que diz respeito à sua defesa da tolerância aplicada às sociedades não-liberais. Esta atitude do autor se demonstra ainda mais polêmica quando vista à luz da teoria da tolerância desenvolvida em "O Liberalismo Político". A tolerância liberal no referido texto consistia em uma preocupação em preservar o fato do pluralismo razoável de forma a obter a estabilidade do regime democrático liberal, na medida em que este liberalismo não fosse parte integrante de uma concepção abrangente do bem, sendo aplicável apenas à esfera política (TAN, 1998, p. 278).

Neste contexto, a prática da intolerância implicava no desrespeito pelas doutrinas abrangentes do bem face à diversidade de cosmovisões presentes na sociedade doméstica e na violação de direitos oriundos da concepção de justiça política pública. As doutrinas abrangentes do bem que apresentassem esta conduta seriam consideradas não-razoáveis e, portanto, deveriam ser criticadas e desafiadas pelo regime liberal democrático.

Em suma, no "Liberalismo Político", ressalta-se que as concepções da boa vida não tinham de ser concepções necessariamente liberais, mas, lhes era exigido que fossem consideradas razoáveis.

A contigüidade desta teoria da tolerância é colocada no "Direito dos Povos", problematizando-se a questão por meio do que Rawls denominou "povos decentes". Considerando-se que estes povos cumpram determinados requisitos tais como o propósito pacífico do regime, bem como seu respeito a direitos humanos básicos, representam regimes não-liberais, mas que devem ser tolerados pelos regimes liberais democráticos. Neste sentido, tem-se o problema de se precisar até que ponto povos não-liberais devem ser tolerados por povos liberais.

Da teoria da tolerância liberal aplicável às sociedades domésticas frente a de âmbito internacional, é possível inferir que políticas não-liberais que podem ser consideradas não-razoáveis e, portanto, passíveis de crítica e reprovação no caso doméstico, se tornam razoáveis em âmbito internacional, na medida em que ocorre um relaxamento do critério da razoabilidade[14].

Deste modo, no "Liberalismo Político", a tolerância é dirigida às doutrinas abrangentes do bem que não desafiem políticas liberais, sendo, portanto, consideradas razoáveis, ao passo que em "O Direito dos povos" os regimes com instituições e políticas não-liberais devem ser tolerados. Neste sentido, verifica-se que a teoria da tolerância em âmbito internacional pode ser compreendida como mais restrita, tomando como ponto de partida, premissas diferentes daquelas vistas no "Liberalismo Político" [15].

[14] Tan (1998, p. 279-280) "*But at the international level, Rawls advocates tolerating regimes with non-liberal political institutions. He says that 'Whenever the scope of toleration is extended… the criteria of reasonableness is relaxed'. An so non-liberal politics, unreasonable in the domestic context, becomes reasonable in the international context*".

[15] Tan (1998, p. 283-284) "*It seems that while Rawls would say that a liberal state should criticize a domestic comprehensive view which forbids its members from exercising their public rights (like the right to vote in public elections), this same state should not criticize a WHS (well hierarchical society) which denies some of its citizens this same right. This seems blatantly inconsistent to me. Why does Rawls hold this position? Rawls does not provide a satisfactory answer here. He points out that although domestic liberalism begins from a political conception of the person as free and equal and rooted in a liberal public culture, to begin from similar assumption in the international case would make the basis for justice 'to narrow'. This is one of Rawls's expressed reasons for employing a two stage original position procedure. But why avoid this 'too narrow' basis for a law of peoples? It is because liberal toleration requires that we do? Or it is because Rawls worries that WHSs (well hierarchical society) would not endorse the law of peoples otherwise?*".

Neste ponto, algumas assimetrias podem ser levantadas no que diz respeito, por exemplo, ao construto da posição original para a concepção de justiça política doméstica, que se firma na igualdade e na neutralidade das doutrinas abrangentes de bem das partes, possibilitando o exercício da Razão Pública e a prática da tolerância liberal doméstica e fundamentação teórica da segunda posição original (TAN, 1998, p. 279-280) descrita em "O Direito dos povos", na qual as partes são os povos e não mais representantes dos indivíduos que compartilham em algum nível de concepções de justiça política e apoiam o conteúdo para uma concepção política particular de direito e justiça, que se aplica aos princípios e normas do Direito e da prática internacional (RAWLS, 2001, p. 3). Trata-se de um ponto de partida distinto do "Liberalismo Político" no qual John Rawls considerasse que a melhor ordenação política para um determinado povo seria um regime democrático liberal de matriz constitucional.

A investigação filosófica se coloca com enfoque no ideal de tolerância liberal internacional possivelmente análogo àquele invocado em "O Liberalismo Político" com vistas às sociedades domésticas.

A controversa defesa de Rawls segundo a qual, povos não-liberais devam ser tolerados, pretende tornar sua concepção de justiça inclusiva sem demandar exigência do comprometimento com valores liberais em um projeto de alcance global.

Contudo, a atitude do autor em amparar regimes que realizam políticas não-liberais, que em âmbito doméstico podem ser rechaçadas dado seu caráter não-razoável, coloca o problema da tensão entre a tolerância de regimes não-liberais e as aspirações liberais das pessoas.

A tolerância aplicada à povos não-liberais suscita a questão de abandonar-se uma concepção de justiça política que realize certos valores tais como a igualdade e a liberdade, rumo à luta contra a opressão dos povos em âmbito internacional;

Esta compreensão levaria ao desvelamento de uma teoria da tolerância liberal mais restrita do que a vista em "O Liberalismo Político", na qual a tolerância é mais ampla e profunda, a fim de afastar o endosso da concepção de justiça política por razões que não são certas, sendo mutuamente exercida e respeitada pelas partes, além de apontar para um ideal de aplicação da tolerância em si à própria filosofia moral.

A partir desta reflexão, procurou-se analisar o problema da relação do ideal de tolerância liberal aplicável às sociedades domésticas e internacionais, haja vista que a temática se relaciona intimamente com os conflitos políticos e sociais da contemporaneidade e à uma possível contribuição da obra de John Rawls para o cenário democrático atual.

7 Referências bibliográficas

FREEMAN, Samuel. **The Cambridge Companion to Rawls**. New York: Cambridge Press, 2003.

GARGARELA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls – um breve manual de filosofia política**. São Paulo: Wmf Martins Fontes, 2008.

RAWLS, John. **O Direito dos povos**. São Paulo: Martins fontes: 2001.

RAWLS, John. **O Liberalismo político**. São Paulo: Wmf Martins Fontes, 2011.

TAN, Kok Chor**. Liberal toleration in Rawls Law of Peoples**. In Ethics. V. 108 - nº 2, 1998.

TAN, Kok Chor**. O ideal cosmopolita: os limites da tolerância global**. Revista Fundamento. Ouro Preto, 2010.

VITA, Álvaro. **A justiça igualitária e seus críticos.** São Paulo: Wmf Martins Fontes, 2007.

A VIOLAÇÃO AO DIREITO À VERDADE NA DISTOPIA "1984" DE GEORGE ORWELL

Athena de Oliveira Nogueira Bastos[*]

Palavras-chave: direito à verdade ; manipulação da memória; George Orwell; "1984"; direito e literatura.

Resumo: O presente artigo procura analisar o Direito à Verdade, enquanto direito essencial à efetivação dos Direitos Humanos e da democracia, à luz da obra distópica de George Orwell "1984", realizando um paralelo entre direito e literatura. A obra narra a vida de um funcionário do Ministério da Verdade, no regime conhecido como *Socing*, instaurado pelo partido liderado pelo Grande Irmão. Para se manter no poder, o partido se utiliza da manipulação dos fatos, isto é, da alteração da verdade que Hannah Arendt[1] vem a chamar de verdade fatual.

A verdade fatual é pertinente à política e diz respeito aos acontecimentos do modo como ocorreram. Sua fonte principal seria a história, e os lapsos no registro desta incorreriam em ameaça às gerações futuras, uma vez que a ideia de liberdade política – grande ideal da sociedade – somente pode ser transmitida por aqueles que a conheceram. Assim a violação ao direito à verdade implicaria no cerceamento da liberdade política, e, consequentemente, em um dos princípios basilares das sociedades democráticas.

A ditadura construída por George Orwell retrata a estratégia política da mentira verificada em inúmeras das ditaduras da realidade e, principalmente nas que foram iniciadas no século XX. Demonstra-se que a ausência de registro da história condena o ser humano a esquecê-la e o deixa vulnerável à crer em informações manipuladas e distorcidas. Assim, resta fadado o ser humano ao duplipensamento, a pensar o contrário à verdade. Para governar e permanecer no poder, dessa forma, é preciso deslocar o sentido da realidade, na interação entre crença de infalibilidade e aprendizado com erros do passado. Esta estratégia resume o constante conflito entre verdade e política: a mentira como

[*] Estudante de graduação em Direito da UFSC. Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/6946288553792220.
[1] ARENDT, Hannah. *Entre o passado e o futuro. 7. ed. São Paulo: Perspectiva, 2013.*

instrumento do exercício político. A verdade constitui elemento de grande ameaça ao poder político, visto que é independente em relação aos seus acordos e consentimentos, e seu reconhecimento não se limita ao discurso de quem está no poder. Portanto, a mentira é utilizada como forma de negar a verdade e de iludir os destinatários do discurso político. Todavia, a efetiva utilização deste instrumento demanda, também, a complexa tarefa da auto-ilusão ou do duplipensamento.

Ante a verificação de elementos similares na ditadura de Orwell e em momentos do passado e da atualidade, é possível refletir a função do direito à verdade, reconhecido internacionalmente e em destaque no contexto contemporâneo.

Keywords: right to the truth; memory manipulation; George Orwell; 1984; law and literature.

Abstract: The present article analyzes the Right to the Truth, as an essential right to the realization of the human rights and the democracy in the light of dystopian works of George Orwell's "1984", through a parallel between law and literature. The book tells the story of an employee of the Ministry of Truth, in the regime known as Socing, established by the party led by the Big Brother. To stay in power, the party uses the manipulation of the facts, that is, it changes the truth that Hannah Arendt comes to call factual truth.

The factual truth is relevant to policy and it's related to the way the events have occurred. Its main source is the story, and the lapses in the record of this would incur threat to future generations, since the idea of political freedom - great ideal of society - can only be transmitted by those who knew it. So the violation of the right to truth would mean the restriction of political freedom, and consequently one of the basic principles of democratic societies.

The dictatorship built by George Orwell portrays the lie of political strategy seen in many of the reality dictatorships, and especially in those that began in the twentieth century. It is shown that the absence of recorded history condemns humans to forget about it and leaves them vulnerable to believe manipulated and distorted information. Therefore, it remains bound humans to doublethink, thinking the opposite to the truth. To rule and remain in power, therefore, we need to shift the sense of reality, the interaction between

belief of infallibility and learning from past mistakes. This strategy summarizes the constant conflict between truth and politics: the lie as an instrument of political exercise. The truth is major threat element to political power, since it is independent of its agreements and consents, and its recognition is not limited to the speech of those in power. So the lie is used as a way to deny the truth and mislead the recipients of political discourse. However, the effective use of this tool demand also the complex task of self-deception or *doublethink.*

In front of verification of similar elements in the dictatorship of Orwell and in the past and present times, it is possible to reflect the function of the right to the truth, internationally recognized and highlighted in the contemporary context.

1 Introdução

Embora não seja a proposta do trabalho discutir a relação entre direito e literatura, mas utilizá-la como fonte de estudo, é importante mencionar que a literatura, enquanto retratação da vida humana, fornece importantes elementos da sociedade, objeto de regulamentação do direito. Assim, é possível extrair de obras como "1984" questionamentos importantes ao estudo do direito

A obra de George Orwell, enquanto crítica à sociedade em que viveu o autor, fornece elementos característicos dos regimes totalitários, principalmente dos verificados durante o século XX, o que pode ser explicado pela participação do autor na luta contra a ditatura de Franco na Espanha, em suas ideologias e por ter vivido em um período permeado pela 2ª Guerra Mundial, pela ascensão no Nazismo, do Fascismo e do Socialismo Stalinista.

Através da narrativa em torno da trajetória do funcionário do Ministério da Verdade, Winston Smith, é possível verificar as estratégias de manutenção do poder empregadas por aqueles que exercem o poder político, entre a eles a manipulação da verdade como forma de controle da sociedade. O partido liderado pelo "Grande Irmão" utilizava do método do *duplipensamento*, ou seja, da auto-ilusão, para controlar o conhecimento das demais camadas e, assim, propagar a sua ideologia e a sua verdade subjetiva – uma versão distorcida da história.

A violação ao direito à verdade não é algo que ocorre somente após o período de regime totalitário, quando da omissão do Estado Democrático de Direito em buscar a verdade dos fatos e registrá-los, mas também durante o próprio regime totalitário. A vedação ao direito à verdade, assim como a violação aos direitos humanos ocorridos em tais períodos, constitui não somente ato consequente das ações totalitárias, mas instrumento do estabelecimento de referido regime.

Por meio da obra de George Orwell, pode-se demonstrar os efeitos da negação do direito à verdade e à memória e da manipulação destas, bem como os riscos de repetição a que está sujeito um regime democrático quando indiferente aos eventos do passado. Um regime democrático não se garante apenas pela ocorrência de uma mudança de nomenclatura ou normas aparentes, mas pelos instrumentos do Estado enquanto garantidor de direitos.

2 A verdade e o regime da ficção "1984"

Em inúmeros textos literários podemos observar a presença da questão em torno da verdade: o que é, como ser garantida ou mesmo se existe uma verdade universal. O questionamento encontra-se inserto em histórias desde os mitos gregos e as discussões entre filósofos e sofista – destacando-se aqui o "Mito da Caverna" de Platão[2] – até as contemporâneas ficções sobre a descoberta do que é real. Entre as obras mais recentes de relevância ao tema está "1984", obra de George Orwell publicada em 1949, na qual é narrada a história de Winston Smith, um trabalhador do partido liderado pelo "Grande Irmão", o qual domina, há décadas, através do regime conhecido por *Socing*, o território denominado *Oceânia*[3].

Winston Smith é um funcionário do Ministério da Verdade, a repartição do partido responsável pela alteração dos registros. Uma vez que possui a missão de manipular os

[2] O "Mito da Caverna" pode ser encontrado no livro "A República" de Platão, e versa sobre separação do mundo das ideias e do mundo dos fatos, bem como sobre a aquisição do conhecimento através da filosofia.
[3] George Orwell divide o mundo em três continentes: *Oceânia, Eurásia* e *Lestásia*. Conforme a narrativa, embora o regime da *Oceânia* seja o *Socing*, regime totalitário, os demais em nada se diferem. Todos utilizam da manipulação da verdade e da guerra para se manterem no poder e concordam tacitamente na coexistência dos demais, uma vez que isto garante a estadia no controle daqueles que já o exercem.

documentos e alterá-los conforme os interesses do partido, Winston tem acesso a um conhecimento que as demais pessoas não possuem: a verdade dos fatos. Embora não possa revelar a mais ninguém, correndo o risco de ser torturado, Winston sabe que o partido esteve em guerra com determinado território em determinada data, sabe quando esta guerra acabou e quando outra começou. Ele sabe quem teve sua morte disfarçada[4] e quando o Partido mentiu.

Através de seu contato com documentos históricos diversos (jornais, livros, entre outros), inicia-se o processo de questionamento. Embora não saiba como lidar com o conhecimento que adquire, Winston Smith não se pode dizer ignorante à verdade, ainda que a uma verdade parcial, afastando-se cada vez mais da vida ilusória na sociedade baseada na mentira que fora instaurada pelo partido do "Grande Irmão".

Esta sociedade projetada em "1984" é reflexo da compreensão de George Orwell acerca das estratégias utilizadas em regimes verificados na realidade, como o nazismo e o socialismo stalinista, os quais marcaram profundamente a humanidade, ante os horrores pelos quais foram responsáveis. Assim, George Orwell representou este cenário, não como forma de previsão do que o mundo viria a ser, mas como advertência dos caminhos que a humanidade poderia tomar.

2.1 A ficção de "1984" na sociedade pós Segunda Grande Guerra

Uma justa interpretação da obra exige, em primeiro lugar, que se leve em consideração o período histórico em que é escrita. O livro "1984" foi concebido em 1948, três anos após o término da Segunda Grande Guerra, período este em que as potências então "vencedoras" iniciavam uma batalha ideológica, polarizada, principalmente, por capitalismo e socialismo. Em meio a esta guerra, ascenderam regimes totalitários que se utilizavam de teses contraditórias, caracterizando a discrepância entre teoria e realidade que levaria a um pessimismo acerca do futuro da humanidade. Nas palavras de Eric Fromm, no posfácio de "1984" (ORWELL, 2009, p. 365), "o sentimento de desesperança no futuro do homem contrasta marcadamente como uma das características mais fundamentais do

[4] Aqueles que costumavam discordar do Partido ou agiam contrariamente aos interesses deste desapareciam e tinham sua existência retirada da história.

pensamento ocidental: a fé no progresso humano e na capacidade do homem de criar um mundo de justiça em paz".

Fromm afirma que a visão de Orwell era, não uma previsão do futuro próximo, mas uma advertência sobre as consequências da conduta humana diante das barbáries que estavam sendo cometidas em prol do "avanço" e da "paz". Conforme o autor (ORWELL, 2009, p. 367), até a Primeira Guerra Mundial, fazia-se uma prospecção esperançosa dos anos que se seguiriam, baseado no ideal cristão de que o homem buscaria o amor e a paz. Ocorre que no século XX, quando, em tese, as condições para o exercício do fim maior estavam consolidadas, o ser humano mostrou-se capaz de cometer atrocidades diversas com o objetivo de alcançar o poder, afastando-se de todo o ideal que iludira as ficções de uma realidade idealizada. Dessa forma, a idealização, deu lugar a um visão negativa do futuro, em que tiveram destaques as obras "1984", de Orwell, "Admirável Mundo Novo", de Aldous Huxley, e "Nós", de Zamyatin.

Para Fromm, a justificativa deste momento tem início na insensibilidade moral da Primeira Guerra Mundial, seguida de:

> [...] a traição das esperanças socialistas pelo capitalismo estatal de Stalin; a grave crise econômica do fim da década de 1920; a vitória da barbárie em um dos mais antigos centros culturais do mundo – a Alemanha; a insanidade do terror stalinista durante a década de 1930; a Segunda Guerra Mundial, na qual todas as nações em conflito perderam algumas das considerações morais que ainda existiam na Primeira Guerra Mundial; a destruição ilimitada das populações civis, iniciada por Hitler e que teve sequência na destruição ainda mais total de cidades [...], e, por fim, na utilização de bombas atômicas [...] (ORWELL, 2009, p. 368.)

O período de concepção de "1984" foi um período posterior ao que Tzvetan Todorov considerado o apogeu dos totalitarismos – entre agosto de 1939 e junho de 1941 –, momento em que a União Soviética e a Alemanha Nazista assinaram acordos que pretendiam dividir a Europa entre as duas nações, e que se seguiu do ataque alemão ao território russo. (TODOROV, 2002, p. 95). Todavia, o período não é somente marcado pela ascensão e pela aniquilação de pelo menos um dos regimes totalitários que marcaram o século XX, mas também pela demonstração do poder de destruição, a exemplo da bomba atômica. A necessidade de se fortificar diante da política externa criou o sentimento de que era imprescindível encontrar uma arma que fosse capaz de destruir tudo e ser usada para castigar e declarar vencido o inimigo (TODOROV, 2002, p. 272-273).

Diante deste cenário, George Orwell escreveu uma crítica através da ficção, não somente a Stalin, como muitos consideram, mas aos regimes totalitários de forma geral, inclusive no Ocidente capitalista. A identificação do "Grande Irmão" com Stalin[5] impede, muitas vezes, que um leitor desatento perceba que o mundo criado por George Orwell trata de 03 nações divididas e sob regimes que em nada se diferenciam. Assim, pode-se incluir na crítica gerada por sua obra, outros regimes totalitários que não somente o soviético, mas também os que emergem em seguida na América do Sul, as ditaduras de Franco e Salazar, entre tantas outras, conforme ressalva de Erich Fromm (ORWELL, 2009, p. 375).

Orwell, que lutou pela milícia revolucionário POUM (Partido Obréro de Unificación Marxista) na Guerra Civil Espanhola, retornou desta com duras críticas acera do comunismo pregado por Stalin (ORWELL, 2009, p. 391). Nas palavras de Pynchon:

> Orwell parece ter ficado particularmente incomodado com a fidelidade generalizada da esquerda ao stalinismo, mesmo diante das evidências esmagadoras da natureza maldosa do regime. 'Por razões um tanto complexas', escreveu ele em março de 1948, 'quase toda a esquerda inglesa foi levada a aceitar o regime russo como 'socialista', embora reconhecesse em silêncio que o espírito e a prática daquele regime eram inteiramente diferentes de tudo o que significava "socialismo" neste país (ORWELL, 2009, p. 399).

Dessa forma, ainda que sua obra "1984", sucessora de "A Revolução dos Bichos" e igualmente construída de intenção política e artística, tenha sido amplamente publicada e divulgada como um ataque ao comunismo, é imprescindível destacar que Orwell via a si como pertencente à esquerda dissidente, contra o totalitarismo e a favor do que conhecia como socialismo democrático (ORWELL, 2009, p. 396-397).

2.2 "1984" e o regime de manipulação da verdade

Orwell questiona, a partir da figura de Winston Smith, enquanto funcionário do Ministério da Verdade, a capacidade humana de dominação, através da disputa bélica e da manipulação da verdade. Acerca desse último tema, Orwell descreve a natureza da verdade, indagando-se sobre sua própria existência ante a fragilidade de sua consistência. A

[5] Em várias oportunidades, o autor descreve o personagem do "Grande Irmão" com elementos que remetem a Stalin, como os seus característicos bigodes.

realidade, conforme sua ficção, não está no exterior, mas sim na subjetividade do Partido, o controlador, aquele que determina o que será ou não verdade, enquanto os homens controlados, destituídos do poder sobre suas próprias crenças, acovardam-se e renegam à sua liberdade para viver na ignorância (ORWELL, 2009, p. 373). A verdade imposta pelo partido não necessariamente é válida, mas torna-se predominante a partir do momento em que instaura a crença de que a minoria discordante é insana.

O autor, portanto, utiliza, nesta descrição, o conceito móvel de verdade, apresentado pelo retrato de Alan Harrington em "Life in the Crystal Palace", o qual se relaciona com a apropriação de uma verdade em detrimento do questionamento de sua validade. Nesse contexto de abolição da verdade objetiva – e até mesmo do que Hannah Arendt chamará de verdade fatual –, a verdade é provada pelo consenso de milhões, e aqueles que constituem a minoria devem ser convencidos de sua insanidade. (ORWELL, 2009, p. 374).

A dominação exercida pelo controlador do poder – o Partido, liderado pelo "Grande Irmão" – carece de um método capaz de apagar a verdade e fazer com que a sociedade acredite na ideia contrária, tendo conhecimento parcial de um fato e permanecendo com a crença na informação adulterada que lhe é passada. Este método é que o George Orwell vem a denominar *duplipensamento*. (ORWELL, 2009, p. 376).

Através de sua ficção, Orwell demonstra que a ausência de registro da história, condena o ser humano a esquecê-la e o deixa vulnerável à crer em informações manipuladas e distorcidas. Assim, resta fadado o ser humano ao *duplipensamento*, a pensar o contrário à verdade. Orwell destaca, que para governar e permanecer no poder é preciso "deslocar o sentido da realidade. Porque o segredo da governança é combinar a crença na própria infalibilidade com a aptidão de aprender com os erros passados". (ORWELL, 2009, p. 253). Conclui-se, por tanto, que, aquele incapaz de analisar o passado, é também incapaz de governar de forma duradoura, e de retirar o poder, de fato, daquele que possui a capacidade.

> Você acha que a realidade é uma coisa objetiva, externa, algo que existe por conta própria. Também acredita que a natureza da realidade é autovidente. Quando se deixa levar pela ilusão de que vê alguma coisa supõe que todos os outros veem o mesmo que você. Mas eu lhe garanto, Winston, a realidade não é externa. A realidade existe apenas na mente do Partido, que é coletiva e imortal. Tudo o que o Partido reconhece como verdade é a verdade. É

> impossível ver a realidade senão pelos olhos do Partido. (ORWELL, 2009, p. 292)

A razão para a importância concedida ao passado é que, inexistente um modelo comparativo, a população dominada tolera as condições vigentes. É por esta razão, também, que o Partido de "1984" impede a comunicação entre as diferentes nações. Há, contudo, um motivo primordial para esta manipulação: "a necessidade de salvaguardar a infalibilidade do Partido" (ORWELL, 2009, p. 250). O Partido, para permanecer forte, precisa demonstrar a coerência entre suas palavras e os fatos. A fraqueza da confissão do erro, permite o início de uma análise e a possibilidade de compreensão da dominação. Para tanto, é essencial que a história – e a verdade – seja reescrita constantemente, de forma que haja coincidência entre registro e memórias, ambos manipulados segundo a vontade do Partido.

O deslocamento proposto por Orwell é mesma estratégia que resume o constante conflito entre verdade e política: a mentira como instrumento do exercício político. A verdade constitui elemento de grande ameaça ao poder político, visto que é independente em relação aos seus acordos e consentimentos, e seu reconhecimento não se limita ao discurso de quem está no poder. Portanto, a mentira é utilizada como forma de negar a verdade e de iludir os destinatários do discurso político. Todavia, a efetiva utilização deste instrumento demanda, também, a complexa tarefa da auto-ilusão ou do *duplipensamento*.

3. A problemática da verdade no direito

Segundo Hannah Arendt, o conhecimento da verdade é de relevante importância para a limitação do poder político, uma vez que não se sujeito aos interesses deste. Desta ideia, surge a necessidade de conhecimento dos fatos como forma de assegurar direito e de reconhecimento do direito à verdade. Tal direito vem sendo cada vez mais reconhecido por instituições internacionais, tendo a Assembleia Geral das Nações Unidas tratado sobre ele em diversas questões, apontando-o como uma necessidade humana básica. (LEAL, 2012, p. 26).

O exercício consciente de responsabilidade e prerrogativas somente pode ocorrer a partir do instante em que há conhecimento e distinção entre as informações provenientes de circunstâncias históricas violadoras. Admite-se, então, que a adequada compreensão de

justiça pressupõe o acesso às informação a e análise dos eventos passados. (LEAL, 2012, p. 33). Citando Hannah Arendt, Rogério Gesta Leal destaca que presente e passado não estão dissociados, mas que o sujeito do presente não começa do marco inicial, sendo definido pela tradição (LEAL, 2012, p. 58).

À análise da verdade é indispensável a verificação da veracidade das narrações que contam o que ocorreu e das que explicam o porquê da ocorrência. Negar a informação a quem esteja envolvido ou alterá-la implica em violação ao Direito Fundamental à Informação e ao Conhecimento, condição esta para o exercício da cidadania. Além disso, aceitar a manipulação dos fatos é concordar com a construção de uma memória distorcida, e deixar que a sociedade torne-se suscetível a erros irreparáveis. (LEAL, 2012, p. 62-63). Promover a memória é a única possibilidade de superação dos fatos da construção de uma consciência, de forma a também prevenir a violência futura (LEAL, 2012, p. 68-69).

A consciência de que a manipulação da verdade e a violação a este direito constitui, simultaneamente, instrumento de instauração e de manutenção de regimes autoritários é essencial à construção de uma sociedade democrática baseada em direitos e na qual o Estado exerce função de proteção de seus cidadãos. O cerceamento do direito à verdade pela omissão do Estado que sucede o regime autoritário ou totalitário é semelhante, ao menos em sua implicação, à violação ocorrida na vigência destes regimes, uma vez que permite a perpetuação da versão manipulada da história apresentada anteriormente, impedindo a ruptura da memória coletiva distorcida.

A busca da verdade se inicia quando nos espantamos com as falhas existentes em nossas opiniões e concepções, duvidando de nossas próprias incertezas. A vontade surge no momento em que se constata a incerteza a que se está submetido, grau este posterior a da ignorância. A ignorância é a ausência de reconhecimento das brechas e confiança em certezas falhas, ausente a consciência da própria ignorância. (CHAUÍ, 2011, p. 111). Assim, quando Winston Smith depara-se com uma falha no discurso do Partido, inicia a busca pela verdade que guiará sua trajetória no obra "1984".

Marilena Chauí recorda em seu livro o significado da palavra verdade. "Em grego, verdade se diz alétheia, palavra composta do prefixo a (que em grego indica "negação") e de léthe (que significa "esquecimento")" (CHAUÍ, 2011, p. 122). Significaria, portanto tudo aquilo que é, que pode ser evidenciado e que se opõe ao falso. Todavia, esta não seria a

única concepção de verdade. Em latim, a verdade é conhecida como veritas, referindo-se a precisão. Dessa forma a verdade seria aquilo que estaria de acordo com as regras e princípios que os seres humanos interiorizam. Ao contrário da verdade como alethéia, a verdade não está contida no exterior, mas no interior, e a realidade exterior é que se justifica pelo que se sabe verdadeiro. Há, por fim, segundo a filósofa, uma terceira teoria de verdade, aquela que corresponde à palavra hebraica emunah e que significa "confiança". Esta teoria considera como verdade aquela que cumpre com o que é pactuado, pressupondo uma convenção anterior a ser respeitada. (CHAUÍ, 2011, p. 122-123).

Hannah Arendt, quando escreve sobre a verdade, define-a de duas formas, distinguindo-as da opinião. A autora afirma que a verdade pertinente à política é a verdade fatual, a qual não seria evidente. Destaca que a natureza de verdade lhe é concedida, pois, diante das possibilidades da realidade, os fatos ocorreram de uma forma e não de outra. (ARENDT, 2013, p. 19). Este conceito relaciona-se com a verdade como alethéia, mencionada por Chauí, visto que ambas são opostas pela mentira e representam o que ocorreu, de forma a colocar o sentido de verdade no exterior do sujeito. Em contraposição à verdade dos fatos e eventos, conforme Arendt, estaria a verdade racional, aquela representada pelos axiomas e descobertas (ARENDT, 2013, p. 287). Nenhuma das duas, porém, pode ser confundida com a opinião, o que seria uma concepção baseada na informação fatual, interior ao sujeito, e sem atingir o patamar da verdade.

Evidencia-se na obra de Hannah Arendt, "Entre o Passado e o Futuro", que a autora considera como o papel da História o registro do feitos e acontecimentos políticos, a partir dos quais é visualizado os caminhos para o futuro (ARENDT, 2013, p. 20). Seria, desta forma, a História uma fonte da verdade fatual. Os lapsos de memória que se acometem na sociedade e que impedem o registro da verdade fatual, são, portanto, uma ameaça ao futuro das gerações que se sucedem, pois é esta memória que traz em si a ideia do que um dia foi a liberdade política, a capacidade de participar ativamente da vida pública (ARENDT, 2013, p. 31). Quando o futuro torna-se presente, é importante considerar que este encontra-se em luta constante tanto com o futuro quanto com o passado, uma vez que um deseja empurrá-lo para o próximo estágio, enquanto o outro deseja empurrá-lo em direção ao que já passou (ARENDT, 2013, p. 33). É neste intervalo de tempo, determinado pela neutralização das

forças do que não é mais e do que ainda não é, que se encontra a verdade. (ARENDT, 2013, p. 35-36).

Através de sua análise, Hannah Arendt constata a existência de um constante conflito entre verdade e política, ante a consideração da mentira como instrumento do exercício político (ARENDT, 2013, p. 283). Sobre a relação, afirma que não é possível imaginar a existência de vida destituída da noção de verdade, pois a própria sobrevivência estaria ameaçada. Menciona Heródoto ao dizer que não haveria perseverança da existência, se os homens não estivessem dispostos a conhecer e fazer testemunho daquilo que consideram verdade, ainda que esta fosse uma atividade de risco (ARENDT, 2013, p. 285).

O testemunho, consoante Arendt, é essencial, uma vez que, se não registrado, perde-se para sempre. Enquanto a verdade racional pode ser apreendida posteriormente, a verdade fatual esvai-se quando desaparecem os elementos presentes e capazes de comprova-la. (ARENDT, 2013, p. 288). Se a comprovação da informação fatual não é garantida, a liberdade de opinião é uma farsa, porque ausentes as bases da opinião. Hannah Arendt, então, questiona se, havendo a conexão entre fatos e opiniões, poderiam os primeiros existirem independentemente dos segundos. A resposta a que chega é que, a presença da opinião não é capaz de anular a existência dos fatos ou de justificar a ausência de delimitação e permitir a manipulação. Compreende-se, destarte, que, ainda que a percepção dos fatos demonstre subjetividade e internalização, não se pode negar a objetividade e exterioridade dos fatos. A matéria fatual permanece intocada (ARENDT, 2013, p. 296).

A negação completa dos fatos e, assim, da verdade fatual, somente seria possível, através de uma manipulação do todo. Esta condição ao exercício ilimitado do poder, assim, conduz à suspeita da existência de um conflito entre política e "a verdade, em todas as suas forma e, por conseguinte, à questão de saber por que mesmo um empenho com a verdade fatual é sentido como uma atitude antipolítica" (ARENDT, 2013, p. 297). A verdade constitui uma ameaça ao poder político, por representar uma oposição ao interesse deste, uma vez que está além de acordos e consentimentos e pode ser reconhecida. Pode-se dizer, por fim, que apresenta um caráter despótico (ARENDT, 2013, p. 298).

O contrário da verdade fatual, seria a mentira, a qual se caracteriza como uma das formas de anular o limite existente entre a verdade e a opinião. A tentativa de alterar os

fatos e, assim, a história, é uma ação política. Aquele que conta a verdade somente começa a agir politicamente no momento em que o restante da sociedade assimila a mentira e passa a conta-la, transformando-a em uma falsa verdade. Todavia, aquele que tenta mostrar a verdade encontra a dificuldade de ter de encontrar elementos verídicos e coerentes, enquanto o mentiroso pode manipulá-los, ainda que a mentira possua a insegurança de sua possível incoerência com a realidade. De forma a evitar a insegurança, a mentira organizada tende a eliminar o elemento que represente um vestígio da verdade (ARENDT, 2013, p. 310-312).

A tarefa mais complexa acerca da mentira e também a mais efetiva no processo de eliminação da verdade é, porém, a auto-ilusão, da mesma forma que o *duplipensamento* de Orwell. Um mentiroso que se torna vítima de sua própria mentira demonstra extrema habilidade na ação política de iludir. Uma vez que o único que sabe da falsidade – e, portanto, também da verdade – acredita nela e atua conforme ela, elimina-se o último resquício da verdade um dia conhecida, criando uma aura de veracidade. Até que o mentiroso engane a si, pode-se afirmar que ainda há salvação, na linguagem do personagem Staretz, da obra "Irmãos Karamázov" de Dostoiévski (ARENDT, 2013, p. 313-315).

4 O direito à verdade na atualidade

Nos instrumentos normativos internacionais o direito à verdade tem sido compreendido como o direito ao conhecimento sobre as graves violações aos direitos humanos ocorridas em regimes totalitaristas e suas circunstâncias, ganhando, assim, caráter histórico. Pode-se, então, afirmar, que à luz das Comissões da Verdade instaladas em vários países após a superação de regimes autoritários, a verdade, enquanto conhecimento dos fato histórico, adquire sua conceituação fatual trabalhada por Hannah Arendt.

A primeira referência normativa ao direito à verdade ocorreu em 1949, quando foram fixadas, nas Convenções de Genebra, regras a respeito do registro e fornecimento de informações sobre as vítimas de conflitos armados, bem como sobre a obrigação das partes em facilitar as investigações feitas pelos membros das famílias dispersadas pela guerra. Entretanto, o direito de saber o que ocorreu, de fato, nos mencionados períodos,

principalmente no que dizia respeito às famílias cujos membros estavam desaparecidos, somente foi normatizado em 1977, no Protocolo Adicional I às Convenções de Genebra.

A Comissão de Direitos Humanos da ONU encomendou, em 2005, a uma jurista norte-americana a elaboração de conjunto de princípios para a proteção e promoção dos direitos humanos por meio do combate à impunidade, no qual se encontrava a previsão das Comissões da Verdade como órgão oficiais, temporários e sem caráter judicial que investigam os abusos de direitos humanos e humanitários cometidos durante certo período.

Desde então, alguns regimes democráticos com histórico ditatorial recente, vem implemento políticas de construção da memória em seu território, a exemplo do Chile, da Guatemala e, recentemente do Brasil, que aprovou em 2011 a Lei que cria a Comissão Nacional da Verdade. Este fato se deve também ao reconhecimento do Direito à Verdade como Direito Fundamental, inclusive, inclusive pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a qual declara que é dever do Estado promover o Direito à Verdade e à Memória (LEAL, 2012, p. 74 e 84).

A memória coletiva transmite às gerações futuras aprendizados capazes de evitar a repetição dos erros cometidos no passado. A ausência da memória abre margens para a ascensão de tradições, movimento e regimes totalitários, como já analisado. Dessa forma, acima de tudo, o direito à verdade e à memória é uma garantia aos direitos fundamentais. (LEAL, 2012, p. 70)

Em 1997, foram aprovados os chamados Princípios Joinet, os quais fazem referência ao direito de saber, de natureza tanto individual como coletiva, e ao dever do Estado de recordar, tendo esse direito e esse dever a finalidade de prevenir o revisionismo ou o negacionismo, na medida em que se considera que a história de opressão de um povo pertence ao seu patrimônio e assim deve ser preservada.

Os princípios atualizados reivindicam, de forma contundente, a conexão entre o direito à verdade e o dever do Estado de preservar os arquivos e outras provas relativas às violações de direitos humanos e de direito humanitário para facilitar o conhecimento de tais violações e para preservar do esquecimento a memória coletiva.

No Brasil, a Comissão Nacional da Verdade foi instalada para que se apurassem as graves violações aos direitos humanos ocorridas entre 1946 e 1988 – período previsto para anistia na Constituição Federal –, momento no qual o país esteve sob um regime totalitário

de Ditadura Militar. A Comissão tem como objetivo a elucidação de lacunas históricas e fortalecimento das bases democráticas do país, como forma de evitar a repetição dos atos.

O direito à verdade é reconhecido pela Comissão Nacional da Verdade Brasileira como o direito inalienável de conhecer as circunstâncias e as razões que levaram, mediante violações maciças e sistemáticas, à perpetração de crimes, sendo o exercício pleno e efetivo de tal direito uma salvaguarda fundamental contra a repetição de tais violações – Isto em relação aos crimes históricos.

Conforme Marco Antônio Rodrigues Barbosa e Paulo Vannuchi, a sociedade se baseia no ato político de preservação da memória para "afirmar, redefinir e transformar os seus valores e as suas ações". Não obstante seja a memória dos fatos e a elucidação da verdade essenciais ao progresso da sociedade, somente elas podem gerar na sociedade o sentimento de justiça tão ansiado pelos seres humanos (KISHI; SOARES. 2009, p. 57/58). Para tanto, é necessária a exigência de participação do Estado e a tomada de políticas em prol da defesa destes direitos, pois somente o acesso à informação e à comunicação da verdade colaboram para extinguir a ignorância.

5 Considerações Finais

A literatura é, de certa forma, subestimada pela sociedade. Muitos acreditam que o conhecimento somente pode ser adquirido através de textos científicos, cujo teor literal evidencie de forma clara o modo de operar da sociedade. Todavia, enquanto arte e forma de representação, a literatura pode fornecer elementos significativos para a compreensão e o estudo da mesma sociedade que a subestima.

"1984", por exemplo, trata-se de uma obra literária, com teor imenso de elementos importantes ao estudo da sociedade. Não somente é uma crítica ao cenário bélico do século XX, como uma rica fonte de objetos de estudo para o direito. Entre tantos temas que poderiam ser abordados através da obra distópica de George Orwell, a manipulação da verdade como estratégia de controle e a consequente violação ao direito à verdade, considerado hoje como um direito fundamental, são temas que se destacam ao longo do livro.

O funcionário Winston Smith não representa apenas mais um trabalhador que segue as ordens do partido de forma cega e ignorante, mas representa a vontade de conhecer da sociedade. Da mesma forma que Winston tinha acessa a documentos, a sociedade pode tê-lo – e deve. É um dever estatal fornecer este acesso. Assim, também, é direito da sociedade que tais registros ocorram da forma mais parcial possível. Sabe-se que o testemunho e o registro dos historiadores não está livre de ideologias e opiniões. Todavia, os fatos se comprovam, e a mera parcialidade na visão destes não deve ser capaz de anulá-los.

Assim, ao menos, explica Hannah Arendt ao discorrer sobre a verdade fatual, isto é a verdade dos fatos como eles ocorreram. Hannah Arendt é enfática ao dizer que a verdade fatual somente pode ser apreendida através do registro histórico, pois o testemunho desaparece e, uma vez não garantida a memória dos fatos, está a sociedade fadada ao esquecimento e a perda do ideal de liberdade política. Deste modo, ganha espaço o arbítrio do poder político, que, ausente os limites impostos pela verdade fatual – independente de opiniões e interesses – pode ser exercido de forma autoritária.

A efetivação da memória e a busca pela verdade fatual requer, como já disposto em instrumentos normativos internacionais, participação constante do Estado, enquanto garantidor de direitos. A transição exige esforço e iniciativa estatal, a fim de proteger o novo regime, pois o instrumento utilizado no autoritarismo e no totalitarismo é tanto instrumento de manutenção quanto de instauração, renovando-se a estabilidade do regime constantemente, como evidenciado por Orwell.

6 Referências bibliográficas

ARENDT, Hannah. **Entre o passado e o futuro**. 7. ed. São Paulo: Perspectiva, 2013.

BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. **Relatório da Comissão Nacional da Verdade.** 2014. Disponível em: <http://www.cnv.gov.br/> Acesso em: 15 abr. 2015.

____ Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Direito **à verdade e à memória: comissão especial sobre mortos e desaparecidos políticos.** Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007.

CANDAU, Joël. **Memória e identidade.** São Paulo: Contexto, 2014.

CHAUÍ. Marilena. **Convite à filosofia.**14. ed. São Paulo: Atica, 2011.

DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FOUCAULT, Michel. **Estratégia Poder-Saber.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.

_____ A verdade e as formas jurídicas. 4. ed. Rio de Janeiro: Nau, 2013.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica.** 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2004.

_____ Verdade e método II: complementos e índice. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2004.

GODOY. Arnaldo Sampaio de Moraes. **Direito e Literatura: Ensaio de Síntese Teórica.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

_____ Direito e literatura. Os pais fundadores: John Henry Wigmore, Benjamin Nathan Cardoso e Lon Fuller. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/25388-25390-1-PB.pdf> Acesso em 10 mar. 2015.

HERSHBERG, Eric; JELIN, Elizabeth. **Construindo a democracia: direitos humanos, cidadania e sociedade na América Latina**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo: Núcleo de Estudos da Violência (NEV), 2006.

KISHI, Sandra Akemi Shimada (Coord.); SOARES, Inês Virgínia Prado (Coord.). **Memória e verdade – a justiça de transição no estado democrático brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
LEAL, Rogério Gesta. **Verdade, memória e justiça no brasil – responsabilidades compartilhadas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MEZZAROBA, Orides. MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de metodologia da pesquisa no Direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Ana Carolina Marinho de. **O direito ao esquecimento e a (im)possibilidade de reconstrução da história**. 72 f. Tese de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Curso de Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2014.

ORWELL, George. **1984**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

PLATÃO. **A República**. 2ª ed. São Paulo: EDIPRO, 2014.

RODRIGUES, Guylber Antônio. **Direito e literatura**. 35 f. Tese de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Curso de Graduação em Direito, Universidade Tuiuti do Paraná, Curitiba, 2011.

TODOROV, Tzvetan. Memória **do mal, tentação do bem – indagações sobre o século XX**. São Paulo: Arx, 2002.

WIGMORE, John. **A List of One Hundred Legal Novels**. 17 Illinois Law Review, 1922, pp. 26-41.

APORTES PARA UMA REFLEXÃO SOBRE A DEMOCRACIA A PARTIR DO PENSAMENTO DE HANNAH ARENDT: DOMÍNIO PRIVADO, DOMÍNIO PÚBLICO E ESFERA SOCIAL

Flávia Machado[*]

Palavras-chave: espaço público; espaço privado; esfera social; democracia; Hannah Arendt.

Resumo: É necessário reconhecer que o mundo em que Arendt viveu, pensou e agiu politicamente não existe mais, reconhecendo-se, ainda, o mundo atual como fruto daquele vivido pela autora. Logo, o seu pensamento se coloca como pressuposto para a compreensão do nosso próprio tempo. A relevância da investigação se justifica na medida que a delimitação conceitual das categorias "domínio público", "domínio privado" e "esfera social" se coloca como essencial à compreensão do político e, por esta razão, relevante para a ressignificação da noção de democracia para os Estados de Direito que se pretendam democráticos. **Objetivo**: O trabalho objetiva investigar se os elementos distintivos entre os domínios público e privado sobreviveram ao advento da esfera social e quais as implicações desta análise para a reflexão a respeito da democracia. **Marco teórico**: A esfera social, surgida com a eclosão da era moderna, situada por Arendt entre os séculos XVII e XX, é qualificada ameaça de extinção aos domínios público e privado. Tomando por premissa que um domínio público minimamente bem delineado é pressuposto para a existência e funcionalidade de uma democracia substancial, surge a urgência de investigar esta categoria e seus contornos. A distinção entre as esferas privada e pública corresponderia aos domínios da família e da política que, de acordo com Arendt, pelo menos desde as antigas cidades-Estado, são entidades distintas. O advento da esfera social – que não é pública nem privada –, ademais, seria um fenômeno novo, que encontra no Estado-nação sua forma política. Segundo Arendt, a conexão entre privado e público se manifesta na propriedade privada, constituindo-se esta em pressuposto para o ingresso na vida política e como marco fronteiriço entre as esferas. O espaço público, na definição de Arendt, destinar-se-ia então à edificação e manutenção de um mundo comum que transcenda a duração das vidas de homens mortais. Seria, o *locus* adequado para a ação, que tem por condição a pluralidade, ou seja, o espaço adequado para que os homens se relacionem e, a despeito de suas diferenças, encontrem soluções para coexistir e garantir a liberdade, esta última, para Arendt, razão de ser da política. A sociedade seria a forma na qual a dependência mútua visando à satisfação das necessidades adquire importância pública e na qual as atividades relacionadas com a mera sobrevivência escapam do domínio privado e aparecem em público. **Metodologia**: Adotou-se o método dedutivo de abordagem e o método de revisão bibliográfica como procedimento.

[*] Mestranda em Direito junto ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade do Vale do Itajaí - PPCJ/UNIVALI. Professora Colaboradora de Direito Processual Penal II da Universidade do Vale do Itajaí/UNIVALI, Campus de Balneário Camboriú/SC. É Assessora Jurídica do TJSC. Atualmente atua junto ao Gabinete da Vara da Infância da Comarca de Itajaí/SC. Link para acesso ao lattes: http://lattes.cnpq.br/6592691891702142.

Keywords: public realm; private realm; social sphere; democracy; Hannah Arendt.

Abstract: It is necessary to recognize that the world in which Arendt lived, thought and acted politically no longer exists, recognizing also the world today as a result of that experienced by the author. So her thinking arises as a prerequisite to the understanding of our time. The relevance of the research is justified to the extent that the conceptual definition of the "public realm", "private realm" and "social sphere" arises as essential to the understanding of the political and, therefore, relevant to the redefinition of the concept of democracy to States that claim to respect the rule of law. **Objective**: This study aims to investigate whether distinctive elements between public and private realms survived the advent of social sphere and the implications of this analysis for reflections on democracy. **Theoretical framework**: the social sphere, which arose with the outbreak of the modern era, located by Arendt between the seventeenth and twentieth centuries, is qualified as endangerment to public and private realms. Taking as a premise that a public realm minimally well defined is a prerequisite for existence and functionality of a substantial democracy, there is the urgent need to investigate this category and its contours. The distinction between private and public spheres correspond to family and politics domains, according to Arendt, at least since ancient city-states, are separate entities. The advent of social sphere - which is not public or private -, moreover, would be a new phenomenon, which is the nation-state its political form. According to Arendt, the connection between private and public is manifested in private ownership, constituting in this condition for entry into the political life and as a frontier between the spheres. The public space, the definition of Arendt, would then be destined to the building and maintenance of a common world that transcends the duration of mortal men lives. It would be the appropriate *locus* for action, wich has plurality as its condition, that is, adequate space for men to relate and, despite their differences, find solutions to coexist and guarantee freedom. That would be, for Arendt , the reason for the politics. Society would be the way in which mutual dependence in order to meet the needs acquires public importance and in which activities related to mere survival beyond the

private domain and appear in public. **Methods**: Deductive method of approach was adopted and the method of literature review was taken as procedure.

1 Introdução

É cediço que o mundo em que Hannah Arendt viveu, conheceu e investigou – principalmente desde uma perspectiva política - está superado; Arendt morreu em dezembro de 1975, muito antes da queda do muro de Berlim (em 1989) – episódio que já foi até mesmo designado como marco do fim da história (*end of history* – Fukuyama) – e do impacto que a internet e o avanço de outras tecnologias de comunicação e informação tiveram sobre a cultura humana e as relações políticas. Mas se mundo em que Arendt viveu, pensou e agiu politicamente não existe mais, é preciso reconhecer que o mundo como hoje o experimentamos é, de alguma forma, fruto daquele vivido pela autora. Nesse contexto, compreender o pensamento de Hannah Arendt se coloca, em certa medida, como pressuposto para a compreensão do nosso próprio tempo.

Tomando em conta o acima exposto, e ressalvados os quase quarenta anos passados desde a morte de Arendt[1], o presente artigo se propõe à delimitação teórica de três categorias específicas no contexto do pensamento arendtiano, a saber: domínio público, domínio privado e esfera social[2]. Com isso, tem-se que as teorizações de outros autores sobre as categorias que se pretende aqui investigar não serão tomadas em conta. Algumas considerações pontuais feitas pelo sociólogo polonês Zygmunt Bauman, contudo, foram tomadas e incluídas na construção do presente artigo como uma forma de contextualizar e balizar contemporaneamente as construções teóricas arendtianas.

A relevância da investigação a ser empreendida se justifica na medida que a delimitação conceitual das categorias acima apontadas (domínio público, domínio privado e esfera social) se coloca, em certa medida, como essencial à compreensão do político e,

1 Hannah Arendt faleceu em Nova Iorque, em dezembro de 1975, vítima de um ataque cardíaco. Conferir YOUNG-BRUHEL, 2004, p. 467/468.

2 Essas categorias são extensivamente tratadas por Arendt no conjunto de sua obra; é em A Condição Humana, contudo, que a autora as desenvolveu com maior rigor. Conferir ARENDT, Hannah. A Condição Humana. Tradução Roberto Raposo. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

mesmo por isso, relevantes para a ressignificação do que possa se tomar por democracia.

Assim, o **objetivo** do presente artigo se coloca da seguinte maneira: investigar se algum dos elementos distintivos entre domínio público e domínio privado apontados por Arendt sobreviveram ao advento da esfera social e quais as implicações dessa análise para uma reflexão a respeito da democracia.

A distinção entre as esferas privada e pública da vida corresponderia aos domínios da família e da política, que, de acordo com Arendt, pelo menos desde o surgimento da antiga cidade-Estado existem como entidades distintas; a autora, contudo, aponta o advento da esfera social – que não é público nem privado – com um fenômeno novo, coincidente com a eclosão da era moderna[3] e que encontrou no Estado-nação sua forma política.

Cabe adiantar, ainda, que Arendt enxerga uma enorme dificuldade em estabelecer distinção entre os domínios público e privado na era moderna – "entre as esferas da *pólis* e a esfera do lar, da família e, finalmente, entre as atividades relativas a um mundo comum e aquelas relativas à manutenção da vida (...)" (ARENDT, 2014, p. 34) – já que a linha demarcatória entre eles teria se tornado difusa, pois o corpo de comunidades políticas e povos teria se tornado uma grande família[4] cujos assuntos devem ser cuidados por uma administração doméstica de âmbito nacional.

Apesar disso, a autora se dedica a explanar quais eram, historicamente, as notas distintivas entre as esferas pública e privada; e é essa distinção histórica que inicialmente será objeto de estudo. Posteriormente, tratar-se-á se essa distinção ainda mantem-se possível e quais as possíveis implicações para uma reflexão a respeito da democracia; eis os objetivos específicos do artigo, que externam a sua estrutura.

Antes de adentrar propriamente no tema que o presente artigo se propõe a averiguar, importar traçar algumas breves considerações sobre o método de investigação empregado por Arendt, ao qual ela chamava "análise conceitual"; o referido método consistia, basicamente, em descobrir de onde os conceitos vinham, o que ela fazia com a

3 Ao fazer referencia a uma "era moderna", Arendt se refere ao período iniciado no século XVII e terminado no limiar do século XX; a era moderna, ademais, não se confundiria com o "mundo moderno" que politicamente nasce com as primeiras explosões atômicas. Conferir: CORREA, Adriano. "Pensar o que estamos fazendo". In.: ARENDT, Hannah, 2014, p. xxv/xxvi.

4 Para Arendt, essa difusão dos limites entre o público e o privado parece surgir justamente disso: se o público é identificado em contraposição à esfera privada (que corresponde ao domínio da família), enxergar o corpo de comunidades políticas como uma "grande família" acaba por perverter o que antes se prestava a demarcar os limites entre as esferas, conforme será exposto no desenvolvimento deste artigo.

ajuda de análise linguística. Ela procurava seguir esses conceitos até o contexto histórico e político que os havia originado e conseguia, a partir disso, mensurar quanto o conceito havia se afastado de suas origens, além de mapear o entrelaçamento dos conceitos no curso do tempo, marcando pontos de confusão linguística e conceitual[5].

Esse exame fenomenológico pode ser identificado com alguma facilidade em *A Condição Humana*, em que Arendt encampa a tarefa de compreender basicamente três categorias: as condições da existência humana, as atividades humanas e os espaços em que essas atividades se desenvolvem. Essas categorias estão intrinsecamente relacionadas:

> The conditions of human existence are: life itself, natality and mortality, plurality, worldliness, and the Earth. Men are born, live, and die; they enter into the company of others, live with others, and depart of human plurality; they live upon the Earth, within the world that has come to be upon the Earth through human activities. All of the conditions relate to the human activities that make up the *vita activa*, labor, work, and action; but particular conditions correspond immedietely to particular activities. (ARENDT, 2006, p. 318/319)

A vida seria a condição que corresponde ao trabalho; a mundanidade corresponderia à obra/fabricação, pois cada artefato fabricado pelo homem passa a integrar o mundo[6] e assim, de certa forma, passa a condicionar a existência humana; e, por fim, a pluralidade seria a condição correspondente à ação: não há ação, nem vida política, sem que haja mais de uma pessoa presente.

Das três categorias que Arendt se ocupa em *A Condição Humana*, conforme destacado acima, interessa ao presente artigo particularmente uma delas: os espaços em

[5] "She called her philosophical method 'conceptual analysis'; her task was to find 'where concepts come from'. With the aid of philology or linguistic analysis, she traced political concepts back to the concrete historical and generally political experiences wich gave rise to those concepts. She was then able to guage how far a concept had moves from its origins and to chart the intermingling of the concepts over the course of time, marking points of linguistic and conceptual confusion. Top ut the matter another way: **she practiced a sort of phenomenology**" YOUNG-BRUHEL, 2004, p. 318, sem grifo no original.

[6] A **definição de mundo** é de extrema importância para a compreensão do pensamento arendtiano; para ela, o mundo não coincide com a Terra ou com a natureza, enquanto condição da vida orgânica, mas tem a ver, primeiramente, com o artefato humano: "Conviver no mundo significa essencialmente ter um mundo de coisas interposto entre os que o possuem em comum, como uma mesa se interpõe entre os que se assentam ao seu redor; pois, como todo entre-espaço [*in-between*], o mundo ao mesmo tempo separa e relaciona os homens entre si. O domínio público, enquanto mundo comum, reúne-nos na companhia uns dos outros e, contudo, evita que caiamos uns sobre os outros, por assim dizer" (ARENDT, 2014, p. 64/65). Haveria, ademais, um entre-espaço subjetivo, ao qual Arendt denomina teia humana. Esse entre-espaço subjetivo (e não objetivo, como aquele relacionado ao artefato humano) seria o mundo como espaço para a política (ARENDT, 2008, p. 47).

que as atividades que integram a *vita activa* são desenvolvidas.

Como já dito acima, nos subtítulos seguintes será feita a delimitação teórica das três categorias que constituem o objeto do presente artigo para, em seguida, verificar-se a subsistência da possibilidade de distinção entre os domínios público e privado a despeito do surgimento da esfera social.

2 O domínio privado

Como exposto acima a distinção entre as esferas pública e privada da vida corresponderia aos domínios da família e da política e, pelo menos desde o surgimento da antiga cidade-Estado, existem como entidades distintas. Arendt pontua que, historicamente é altamente provável que o surgimento da *pólis* e do domínio público tenham ocorrido à custa do domínio privado da família e do lar.

Arendt coloca a propriedade privada, ademais, como limite que bem marcava os espaços de cada domínio; o que teria impedido a *pólis* de violar a vida privada de seus cidadãos "(...) não foi o respeito pela propriedade privada tal como a concebemos, mas o fato de que, sem possuir uma casa, um homem não podia participar dos assuntos do mundo porque não tinha nele lugar algum que fosse propriamente seu" (ARENDT, 2014, p. 35). Isso significa que a propriedade privada ao mesmo tempo em que era pressuposto para o ingresso na vida política, desenvolvida no domínio público, era o limite que mercava o fim do público e o início do privado.

O principal traço distintivo entre a esfera pública e o lar seria que na esfera privada do lar os homens viviam juntos porquanto compelidos pela necessidade. O que determinava que vivessem juntos era a própria vida, que, para sua manutenção e sobrevivência individual, bem como para a continuidade da espécie, requeria a companhia de outros.

Todo oposto, o domínio da *pólis* representava a esfera da liberdade. **A relação entre as esferas era que a superação das necessidades – operada no contexto da vida no lar – era condição para a liberdade na *pólis***.

Segundo Arendt, na concepção dos gregos, não era a liberdade da sociedade justificativa à limitação da autoridade política, mas a própria noção de liberdade:

> O que todos os filósofos gregos tinham como certo, por mais que se opusessem à vida na *pólis*, é que a liberdade situa-se exclusivamente na esfera política; que a necessidade é primordialmente um fenômeno pré-político, característico da organização do lar privado; que a força e a violência são justificadas nesta última esfera por serem os únicos meios de vencer a necessidade – governando escravos, por exemplo – e tornar-se livre. Uma vez que todos os seres humanos são sujeitos à necessidade, têm o direito de empregar a violência contra os outros; a violência é o ato pré-político de liberar-se da necessidade da vida para conquistar a liberdade do mundo. Essa liberdade é a condição essencial daquilo que os gregos chamavam de felicidade, *eudaimonia*, que era um estado objetivo dependente, em primeiro lugar, de riqueza e de saúde. (ARENDT, 2014, p. 38)

O poder pré-político que detinha o chefe da família para governar era tido como necessário na medida em que o homem seria, para Arendt, um "animal social" antes de ser um "animal político" (anote-se que isso em nada se relacionaria com a violência inerente ao "estado de natureza" hobbesiano, da qual os homens somente poderiam escapar ao estabelecerem um governo que a monopolizasse).

Como ressalta a autora, enquanto a *pólis* era o lugar dos iguais, o lar era o centro da desigualdades. Ser livre era não estar sujeito às necessidades da vida nem ao comando de outro; mas significava, também, não comandar. Importa destacar, ademais, que essa igualdade no domínio político quase nada tem em comum com o conceito moderno de igualdade: "significava viver entre pares e ter de lidar somente com eles, e **pressupunha a existência de 'desiguais'** que, de fato, eram sempre a maioria da população na cidade" (ARENDT, 2014, p. 39/40, sem grifo no original). A igualdade, portanto, era a própria essência da liberdade e significava ser isento da desigualdade, ou seja, de governar e de ser governado.

Merece destaque também a postura que Arendt adjetiva de 'atitude cristã em relação à política': todas as atividade humanas acabaram, segundo ela, na idade média, por serem transferidas para o âmbito privado. A era medieval negava a esfera política; reconhecia-se que os indivíduos privados têm interesses materiais e espirituais em comum e que só podem conservar sua privacidade e cuidar de seus próprios negócios quando um deles se encarrega de zelar pelo interesse que é comum a todos.

A vida política era, assim, tolerada na medida do necessário para que os indivíduos pudessem seguir tranquilamente com suas vidas privadas. Arendt aponta que

> (...) o que distingue da realidade moderna essa atitude essencialmente cristã em relação à política não é tanto o reconhecimento de um 'bem comum' quanto a exclusividade de uma esfera privada e a ausência daquele domínio que curiosamente híbrido que chamamos de 'sociedade', no qual os interesses privados assumem importância pública. (ARENDT, 2014, p. 43)

Voltando à Antiguidade Clássica, a autora pontua que a passagem da esfera privada para a pública, na Antiguidade pressupunha coragem:

> Deixar o lar, originalmente para abraçar alguma empresa aventureira e gloriosa, e mais tarde simplesmente para dedicar a vida aos assuntos da cidade, exigia coragem, pois era só no lar que os indivíduos se preocupavam basicamente em defender a vida e a sobrevivência próprias. Quem ingressasse no domínio político deveria, em primeiro lugar, estar disposto a arriscar a própria vida; o excessivo amor à vida era um obstáculo à liberdade e sinal inconfundível do servilismo. A coragem, portanto, tornou-se virtude política por excelência, e só aqueles que a possuíam podiam ser admitidos em uma associação que era política em conteúdo e em propósito e que por isso mesmo transcendia o mero estar junto imposto igualmente a todos – escravos, bárbaros e gregos – pelas premências da vida. (ARENDT, 2014, p. 43/44).

Arendt aduz que Aristóteles nomeava a vida do cidadão "vida boa"; "boa", porque tendo o cidadão se libertado do trabalho e da obra, tendo dominado as necessidade do processo biológico do corpo, deixava de ser limitada ao processo biológico da vida; nenhuma atividade que servisse à mera finalidade de garantir o sustento do indivíduo era acolhida no domínio político: "Sem a vitória, no lar, sobre as necessidades da vida, nem a vida nem a 'vida boa' é possível, mas política jamais existe em função da vida. No que tange aos membros da *pólis*, a vida no lar existe em função da 'vida boa' na *pólis*" (ARENDT, 2014, p. 46).

Veja-se que a na percepção dos antigos,

> (...) **o caráter privativo da privatividade (...) significava literalmente um estado de encontrar-se privado de alguma coisa, até das mais altas e humanas capacidades do homem**. Quem quer que vivesse unicamente uma vida privada – um homem que, como um escravo, não fosse admitido para adentrar o domínio público ou que, como o bárbaro, tivesse escolhido não estabelecer tal domínio – não era inteiramente humano. (ARENDT, 2014, p. 46/47, sem grifos no original)

Veja-se que a significação do termo privado - e o próprio conteúdo da privacidade - tinha, para os antigos, um sentido de desapossamento, de impedimento de assunção de posse. O que se

tolhia do sujeito que somente experienciava a vida *do* e *no* lar, sem ascender à esfera pública, era a parte da própria humanidade. Tomando por pressuposto a noção dos antigos de que a vida do lar se prestava à satisfação de necessidades e que os que viviam apenas para satisfação de necessidades eram tidos mesmo como animais, compreende-se melhor a razão pela qual o confinamento na vida privada tornava o sujeito menos humano.

Para Arendt, os domínios público e privado seriam como duas faces da mesma moeda e só podem subsistir como forma de coexistência. A autora destaca que por mais suportável que pudesse ser a vida privada em família na Antiguidade – que oferecia então espaço para atividades que contemporaneamente classificamos como superiores à atividade política, como o acúmulo de riqueza ou a devoção às artes e a ciência -, tanto em Roma como em Atenas, ela nunca poderia ser mais que um substituto para a vida pública.

Parece ser justamente por estarem tão intimamente conectados os domínios público e privado que a ameaça de um – no caso o domínio público - signifique também a do outro – domínio privado. É nesse contexto que Arendt situa a discussão sobre a desejabilidade ou indesejabilidade da posse privada da propriedade. Ela assevera que

> (...) a palavra "privada" em conexão com a propriedade, mesmo em termos do pensamento político antigo, perde imediatamente o seu caráter privativo e grande parte de sua oposição ao domínio público em geral; aparentemente, a propriedade possui certas qualificações que, embora situadas no domínio privado, sempre foram tidas como sendo da máxima importância para o corpo político. (ARENDT, 2014, p. 75)

Segundo Arendt, é na questão da propriedade privada que a conexão entre o privado e o público se manifesta mais elementarmente. Como destacado acima, a propriedade privada era ao mesmo tempo pressuposto para o ingresso na vida política e o limite que mercava o fim do público e o início do privado.

A autora pontua que **riqueza** e **propriedade** têm caráter distinto e exemplifica essa diferença mencionando "o surgimento (...) de sociedades real ou potencialmente muito ricas, nas quais ao mesmo tempo basicamente não existe propriedade, porque a riqueza de qualquer dos cidadãos individualmente consiste em sua participação na renda anual da sociedade como um todo (...)" (ARENDT, 2014, p. 75).

O "caráter sagrado" da **propriedade** privada teria, antes da era moderna, servido de base à todas as civilizações: "Originalmente, a propriedade significava nada mais nada menos que o indivíduo possuía seu lugar em determinada parte do mundo e, portanto, pertencia ao corpo político, isto é, chefiava uma das famílias que constituíam em conjunto o domínio público" (ARENDT, 2014, p. 78).

Já a **riqueza**, segundo Arendt, fosse privada ou publicamente possuída, nunca antes da era moderna fora "sagrada". Seria ilustrativo disso que na Antiguidade a riqueza de um estrangeiro ou de um escravo não substituía a propriedade, nem a pobreza destituía o chefe de família de seu lugar do mundo – a propriedade – e da cidadania dela decorrente.

Mesmo o domínio privado teria, na Antiguidade, uma feição não privativa; não o interior desse domínio, o seu conteúdo, mas a sua aparência seria importante para a cidade, já que ele apareceria "no domínio da cidade por meio dos limites entre uma casa e outra" (ARENDT, 2014, p. 77).

A lei, que era, segundo Arendt, originalmente identificada com uma noção espacial de fronteira/linha divisória, teria, em certa medida, destinado-se exatamente a separar os domínios um do outo:

> É verdade que a lei da *pólis* transcendia essa antiga concepção da qual, no entanto, retinha seu significado espacial original. A lei da cidade-Estado não era nem o conteúdo da ação política (a ideia de que a atividade política é fundamentalmente o ato de legislar, embora de origem romana, é essencialmente moderna e encontrou sua mais alta expressão na filosofia política de Kant), nem um catálogo de proibições (...). **Era bem literalmente uma muralha, sem a qual poderia existir um aglomerado de casas, um povoado (*asty*), mas não uma cidade, uma comunidade política**. Essa lei-muralha era sagrada, mas só o recinto amuralhado era político. Sem ela, seria tão impossível haver um domínio político como existir uma propriedade sem uma cerca que a delimitasse; a primeira resguardava e circundava a vida política, enquanto a outra abrigava e protegia o processo biológico vital da família. (ARENDT, 2014, p. 78, sem grifos no original)

De toda essa exposição Arendt conclui que a propriedade privada, antes da era moderna, era a condição de admissibilidade no domínio público, e, mais do que isso era o lado escuro e oculto do domínio público.

A significação da riqueza privada, da qual o indivíduo retira os meios de sua subsistência, é situada por Arendt na história mais recente. Ela aproxima então a riqueza da necessidade, que historicamente era suprida no contexto do lar, e afirma que na Antiguidade a riqueza privada teria se tonado "condição para a admissão à vida pública não pelo fato de seu dono estar empenhado em acumulá-la, mas, ao contrário, porque garantia com razoável certeza que ele não teria de se dedicar a prover para si mesmo os meio do uso e do consumo e estaria livre para a atividade pública"

(ARENDT, 2014, p. 79). Possuir riqueza, portanto, significava dominar as necessidades vitais e ser potencialmente uma pessoa livre, "livre para transcender a sua vida e ingressar no mundo que todos têm em comum" (ARENDT, 2014, p. 80).

Seria o surgimento desse mundo em comum, com o surgimento da cidade-Estado, que teria outorgado a esse tipo de propriedade privada uma significação política. Veja-se que a riqueza tinha significação política na medida em que viabilizava a liberdade – a libertação da necessidade. Tanto é que, segundo Arendt, aquele que "preferisse ampliá-la ao invés de utilizá-la para viver uma vida política, era como se ele sacrificasse prontamente a sua liberdade e voluntariamente se tornasse aquilo que o escravo era contra sua vontade, ou seja, um servo da necessidade" (ARENDT, 2014, p. 80).

Como dito acima, Arendt aduz que até o início da era moderna, a riqueza, enquanto espécie de propriedade, nunca foi vista como sagrada; é somente quando a riqueza enquanto fonte de renda passa a coincidir com o pedaço de terra no qual se radicava uma família – numa sociedade agrícola, portanto -, esses dois tipos de propriedade podiam coincidir ao ponto de toda propriedade adquirir um caráter sagrado.

A autora afirma que o acúmulo de riqueza em curso na sociedade moderna teve início com o esbulho das classes camponesas, o que por sua vez teria sido consequência da expropriação de bens monásticos e da Igreja após a Reforma. E a riqueza, enquanto espécie mais ampla de propriedade privada, não teria grande consideração pela propriedade privada estritamente considerada, e, sempre que com ela conflitava, sacrificava-a.

Para a autora, "a longo prazo, a apropriação individual de riqueza não terá maior respeito pela propriedade privada do que a socialização do processo de acumulação" (ARENDT, 2014, p. 83). Para ela, é da natureza da sociedade que a privatividade seja apenas um estorvo na evolução da "produtividade social" e, que, portanto, "quaisquer considerações em torno da posse privada devam ser rejeitadas em benefício do processo sempre crescente da riqueza social" (ARENDT, 2014, p. 83).

A distinção mais elementar entre os domínios público e privado equivaleria à distinção entre o que deveria ser exibido e o que deveria ser ocultado. Segundo Arendt, historicamente o que precisou ser escondido foi sempre a parte corporal da existência humana, tudo o que se ligava de alguma maneira ao processo vital; todas as atividade a serviço da subsistência do indivíduo e da sobrevivência da espécie.

Nesse contexto, trabalhadores, mulheres e escravos permaneciam escondidos e o fato de a era moderna tê-los emancipado quase que no mesmo momento histórico, se consubstancia, para

Arendt, "entre as características de uma era que já não acreditava que as funções corporais e as preocupações matérias deveriam ser escondidas" (ARENDT, 2014, p. 90).

3 O domínio público

De início, deve-se salientar que, para Arendt, a razão de ser da política é a liberdade e, a *ação*[7], seu campo de experiência[8]; a criação de um espaço durável – que transcenda a

[7] A categoria *ação*, na terminologia arendtiana, é uma das três atividades humanas fundamentais que compõem a *vita activa* (ao lado do trabalho e da obra ou fabricação). Enquanto o **trabalho** é concebido como equivalente ao processo biológico do corpo humano, em que são atendidas as necessidades impostas ao homem como animal, a **obra** é descrita como a atividade não natural da existência humana, que proporciona um mundo artificial de coisas duráveis distinto do ambiente natural. A **ação**, por fim, seria a atividade que ocorre entre homens sem qualquer mediação da matéria; a condição da ação seria, pois, a pluralidade; a contingência "de que os homens, e não o Homem, vivem na Terra e habitam o mundo" (ARENDT, 2014, p. 8). A distinção entre *trabalho* e *obra* (*work* and *labor*) surgiu de uma pesquisa que Arendt empreendeu nos idos de 1952, enquanto investigava o pensamento de Marx para um livro sobre os elementos marxistas no totalitarismo. Esse projeto de livro, a despeito de nunca ter se concretizado, ensejou a produção de vários outros trabalhos da autora: "The writing Arendt did between 1952 e 1956 was all originally designed for the marxism book. The book itself was never written. (...) within the space of four years, from 1958 to 1962, Hannah Arendt released three books, *The Human Condition*, *Between Past and Future* and *On Revolution*, all of wich had grown from the original marxism book" (YOUNG-BRUEHL, 2004, p. 279). Como destaca Young-Bruhel, "After a brief prologue, Arendt offers three pages in wich the definitions crucial to the whole of *The Human Condition* are announced trenchantly, without a word said about where these definitions had come from or why they were so crucial to her reading of human history. A whole world view – a revolucionary one – is compressed into the pages in wich she declares that three activities are fundamental for humans: labor, work, and action. (...) 'The human condition of labor is life itself'. That is, people must labor to suplly themselves with the necessities of food and safty that sustain life. 'The human condition of work is worldliness". In their natural, earthly surroundings, people must build a 'world', whether of portable shelters, farms, settlements, villages, city-states, empires, or nations, wich they can inhabit and cultivave, developing *cultura*. 'Plurality is the condition of human action'. No two human beings are alike, so people must relate to one another, must come together, find ways to live together, negotiate their differences, exchange opinions, found relational political institutions in the world they have created. A person may labor alone or be a fabricator alone, but 'action is completely dependent upon the constant presence of others'" (YOUNG-BRUEHL, 2006, p. 81). Importa salientar, por fim, que Arendt emprega o termo *vita activa* num sentido advertidamente diverso daquele que ela adjetiva de tradicional, cujas raízes remontam à Antiguidade Clássica. No sentido tradicional, a *vita activa* compreenderia somente a ação. Logo nas primeiras linhas de *A Condição Humana*, Arendt aponta que com a expressão *vita activa* pretende designar três atividades humanas fundamentais: trabalho, obra/fabricação e ação. Mais adiante ela adverte o leitor que "se o uso da expressão *vita activa*, como aqui o proponho está em manifesta contradição com a tradição, é que duvido não da validade da experiência subjacente à distinção, mas antes da ordem hierárquica inerente a ela desde o início. (...) Sustento simplesmente que o enorme valor da contemplação na hierarquia tradicional embaçou as diferenças e articulações no âmbito da própria *vita activa* e que, a despeito das aparências, essa condição não foi essencialmente alterada pelo moderno rompimento com a tradição nem pela inversão final da sua ordem hierárquica, em Marx e Nietzsche. (...) meu emprego da expressão *vita activa* pressupõe que a preocupação subjacente a todas as suas atividades não é a mesma preocupação central da *vita contemplativa*, como não lhe é superior nem inferior" (ARENDT, 2014, p. 21).

[8] "Freedom, moreover, is not only one among the many problems and phenomena of the political realm properly speaking, such as justice, or power, or equality; freedom, wich only seldom – in times of crisis or

duração da vida de homens mortais - para a liberdade, por meio da política, ofereceria aos homens a redenção da futilidade de sua existência. Esse espaço, como se verá a seguir, é justamente o domínio público:

> Só a existência de um domínio público e a subsequente transformação do mundo em uma comunidade de coisas que reúne os homens e estabelece uma relação entre eles dependem inteiramente da permanência. Se o mundo deve conter um espaço público, não pode ser construído apenas para uma geração e planejado somente para os que estão vivos, mas tem de transcender a duração da vida de homens mortais. Sem essa transcendência em uma potencial imortalidade terrena, nenhuma política, no sentido restrito do termo, nenhum mundo comum bem domínio público são possíveis. (...). (ARENDT, 2014, p. 67)

Insta salientar que, para Arendt, o termo "público" denota dois fenômenos distintos; primeiro, denotaria "que tudo que aparece em público pode ser visto e ouvido pelos outros" (ARENDT, 2014, p. 61). Para ela, a **aparência**, consistente n'aquilo que é visto e ouvido pelos outros e por nós mesmos, e constitui a **realidade**. A presença de outros, que vêem e ouvem o mesmo que nós, garantiria a realidade do mundo e de nós mesmos. Arendt afirma que o senso de realidade depende totalmente da aparência e, bem por isso, da existência de um domínio público no qual as coisas possam emergir "da treva de uma existência resguardada" (ARENDT, 2014, p. 63).

Para a autora, existiriam muitas coisas que não podem suportar a intensa luz que a constante presença dos outros representa no domínio público, o qual só pode abrigar o que é considerado relevante. Isso não significaria, contudo, que todas as questões privadas sejam irrelevantes, mas apenas que alguns assuntos muito relevantes só poderiam sobreviver no domínio privado.

O declínio do domínio público, o qual teria sido vasto e glorioso antes da era moderna, decorreu da valorização do irrelevante, da inflação do domínio privado; ela aponta a noção francesa de *petit bonheur* como apresentação clássica do moderno encantamento com as pequenas coisas:

> O moderno encantamento com "penas coisas" (...) encontrou sua apresentação clássica no *petit bonheur* do povo francês. Desde o declínio de seu outrora vasto e glorioso domínio público, os franceses tonaram-se mestres na arte de serem felizes entre "pequenas coisas", no espaço de suas quatro paredes, entre a cômoda e a cama, a mesa e a cadeira, entre o cachorro, o gato e o vaso de flores, estendendo a essas coisas um cuidado e uma ternura que, em um mundo onde a industrialização rápida extermina constantemente as coisas de ontem para produzir os objetos de hoje, podem até parecer o último recanto humano do mundo. Esse alargamento do privado (do encantamento, por assim dizer, de todo um povo) não o torna público, não constitui um domínio público, mas, pelo contrário, significa apenas que o domínio público foi quase completamente minguado, de modo que, por toda parte, a grandeza cedeu lugar ao encanto (...). (ARENDT, 2014, p. 64)

revolution – becomes the direct aim of political action, is actualluy the reason that men live together in political organization at all. Without it, political life as such would be meaningless. **The *raison d'être* of politics is freedom, and its field of experience is action**" (ARENDT, 2006, p. 145, sem grifos no original).

Em segundo lugar, o termo "público" significaria, para Arendt, o próprio **mundo**, "na medida em que é comum a todos nós e diferente do lugar que privadamente possuímos nele" (ARENDT, 2014, p. 64).

Para Arendt, o que torna a sociedade de massas[9] tão difícil de ser suportada é justamente o fato de que o mundo entre as pessoa acaba por perder o poder de congregá-las e separá-las.

A autora destaca, ademais, que, historicamente, a primeira filosofia cristã buscou justamente um vínculo capaz de congregar as pessoas em substituição ao mundo, tendo Agostinho proposto a edificação de todas as relações humanas sobre a caridade: "Essa caridade, porém, muito embora a sua desmundanidade [*wroldlessness*] corresponda claramente à experiência humana geral do amor, é ao mesmo tempo nitidamente diferente dele, por ser algo que, como o mundo, está entre os homens" (ARENDT, 2014, p. 65).

A apoliticidade da comunidade cristã estaria expressa na exigência de que deveria formar um corpo [*corpus*], cujos membros deveriam relacionar-se entre si como membros de uma mesma família – algo muito semelhante ao que ocorreu com o surgimento da esfera social, como se verá a seguir.

A não mundanidade como fenômeno político somente seria possível a partir da premissa de que o mundo, constituído pelo artefato humano e que separa e congrega as pessoas, não durará. Arendt afirma que só transformação do mundo numa comunidade de coisas depende da permanência.

O espaço público, na definição de Arendt, destinar-se-ia então à edificação e manutenção de um mundo comum que transcenda a duração das vidas de homens mortais; sem essa transcendência nenhum mundo comum, nenhuma política - no sentido estrito do termo – e nem o domínio público seriam possíveis. E arremata:

> O mundo comum é aquilo que adentramos ao nascermos e que deixamos para trás quando morremos. Transcende a duração de nossa vida tanto no passado quanto no futuro, preexistia à nossa chegada e sobreviverá à nossa breve permanência nele. É isso que temos em comum não só com aqueles

[9] Arendt desenvolve uma concepção teórica de "sociedade de massas" na terceira parte de *Origens do Totalitarismo*, quando começa a tratar do fenômeno totalitário propriamente dito.

> que vivem conosco, mas também com aqueles que aqui estiveram e com aqueles que virão depois de nós. Mas esse mundo comum só pode sobreviver ao vir e ir das gerações na medida em que aparece em público. (ARENDT, 2014, p. 68)

O domínio público – e a publicidade a ele inerente – seria lugar onde os homens poderiam preservar as coisas que eventualmente quisessem por a salvo da ruína natural do tempo.

Arendt coloca que a *pólis* era para os gregos – como a *res publica* para os romanos – uma garantia contra a **futilidade** da vida individual e, por isso mesmo, protegido contra essa futilidade; os homens ingressavam no domínio público "por desejarem algo seu, ou algo que tinham em comum com outros, fosse mais permanente que suas vidas terrenas" (ARENDT, 2014, p. 68); ela afirma, ainda, que "talvez a mais clara evidência do desaparecimento do domínio público na era moderna seja a quase completa perda de uma autêntica preocupação com a imortalidade" (ARENDT, 2014, p. 68)[10].

A equiparação entre a admiração pública e a riqueza monetária, bem como a transformação da admiração pública em algo a ser usado e **consumido**[11], operadas na era moderna, seriam, para Arendt, bons exemplos da concepção dessa era sobre o domínio público:

[10] Logo no primeiro capítulo de *A Condição Humana* existe um subtítulo inteiramente dedicado à diferenciar a imortalidade da eternidade; a diferença entre as duas categorias é colocada pela autora como uma das melhores maneiras de ilustrar a diferença entre ação e contemplação. Imortalidade significaria continuidade no tempo, permanência neste mundo sem a morte. A preocupação dos gregos com a imortalidade adviria da sua experiência com uma natureza imortal e de deuses imortais (os deuses do Olimpo, que tinham a mesma natureza dos homens, mas não a mesma forma; que eram imortais, mas não eternos em clara distinção com um deus eterno e transcendental situados além do tempo e do espaço). Inserida em um universo onde tudo era imortal, a mortalidade teria se tornado o emblema da natureza humana. A mortalidade, assim, seria o que faz dos homens humanos. Apesar de a imortalidade (permanência) da espécie humana se garantir pela procriação, não se pode garanti-la para o indivíduo. A capacidade humana de realizar feitos imortais permitiria que os homens deixem atrás de si vestígios imortais, a despeito de sua mortalidade individual. A ação, atividade integrante da *vita activa* que exige a presença de outros, ou seja, tem como condição a pluralidade e como *locus* o domínio público, seria a forma de os homens atingirem a imortalidade e mostrarem seu caráter "divino". **Veja-se que a noção é aqui retomada justamente ilustrar o declínio do domínio público.**

[11] A noção de consumo para Arendt está estritamente relacionada à atividade humana do trabalho e, por conseguinte, à necessidade. Arendt afirma que a era moderna promoveu uma inversão sobre todas as tradições; "tanto a posição tradicional da ação e da contemplação como a tradicional hierarquia dentro da *vita activa*, com sua glorificação do trabalho como fonte de todos os valores e sua elevação do *animal laborans* à posição ocupada pelo *animal rationale*" (ARENDT, 2014, p. 105). Para Arendt, nada é menos comum – e portanto mais seguramente protegido contra a visibilidade do domínio público – que o se passa dentro do corpo humano, suas necessidades, seu trabalho e seu consumo. Assim, a definição da sociedade como "uma sociedade de consumo" – que para a autora seria apenas outro modo de dizer que vivemos numa sociedade de trabalhadores – representa a redução de todas as atividades humanas "ao denominador comum de assegurar as coisas necessárias à vida e de produzi-las em abundância. Não importa o que façamos, supostamente o

> (...) fica evidente que a admiração pública e recompensa monetária tem a mesma natureza e podem substituir uma à outra. A admiração pública também é algo a ser usado e consumido, e o *status*, como diríamos hoje, satisfaz uma necessidade como o alimento satisfaz outra: a admiração pública é consumida pela vaidade individual como o alimento é consumido pela fome. Obviamente, desse ponto de vista, a prova da realidade não está na presença pública de outros, mas antes na maior ou menor premência das necessidades, cuja existência ou inexistência ninguém pode jamais atestar senão aquele que as sente. E tal como a necessidade de alimento tem sua base demonstrável no processo vital, é também óbvio que a angústia da fome é inteiramente subjetiva (...). Contudo, ainda que essas necessidades fossem compartilhadas por outros, a sua própria futilidade as impediria sempre de estabelecer algo tão sólido e durável como um mundo comum. (ARENDT, 2014, p. 69/70)

Arendt afirma que a importância de ser visto e ouvido pelos outros deriva do fato de que as pessoas veem e ouvem de lugares diferentes de modo que a realidade se constituiria da soma total dos aspectos de um objeto capturados por uma multidão de espectadores: "Somente quando as coisas podem ser vistas por muitas pessoas, em uma variedade de aspectos, sem mudar de identidade, (...) pode a realidade do mundo aparecer real e fidedignamente" (ARENDT, 2014, p. 71).

A realidade, para Arendt, não seria garantida pela natureza comum de todos os homens, mas sim pelo fato de que apesar das diferenças de posição e da consequente variedade de perspectivas, há interesse num mesmo objeto. A destruição do mundo comum, assim, significaria a indistinção de um objeto comum e acabaria por tornar os homens inteiramente privados, "isto é,

faremos para prover nosso próprio sustento; esse é o veredicto da sociedade, e vem diminuindo rapidamente o número de pessoas capazes de desafiá-lo (...)" (ARENDT, 2014, p. 156). Disso, pode-se concluir com alguma facilidade que a noção de sociedade de consumo representa também uma ameaça ao domínio público e à construção de um mundo comum duradouro. Deve-se recordar, ainda, que para Arendt, a atividade humana da fabricação se prestaria para a produção de artefatos duráveis, passíveis de uso pelo homem; o produto da fabricação, portanto, não se prestaria ao consumo – que Arendt diz ser a outra faceta do trabalho -, mas ao uso. O uso adequado das coisas não causa desaparecimento, diferentemente do consumo; o que o uso desgastaria seria a durabilidade. "É essa durabilidade que confere às coisas do mundo sua relativa independência dos homens que as produziram e as utilizam, sua 'objetividade', que as faz resistir, 'se opor' e suportar, pelo menos durante alguém tempo as vorazes necessidades e carências de seus fabricantes e usuários vivos. Desse ponto de vista, as coisas do mundo tem a função de estabilizar a vida humana" (ARENDT, 2014, p. 169/170). Veja-se que o uso contém certo elemento de consumo, pois acarreta o desgaste da coisa por meio de contato com o organismo vivo. Mas é a durabilidade e o desgaste prolongado no tempo que o diferencia do consumo, que implica na extinção imediata da coisa. Para Autora, a transformação da sociedade numa "sociedade de consumo", implica "em nossa necessidade de substituir cada vez mais depressa as coisas mundanas que nos rodeiam, já não podemos nos permitir usá-las, respeitar e preservar sua inerente durabilidade; temos de consumir, devorar, por assim dizer, nossas casas, nossa mobília, nossos carros, como se estes fossem as "coisas boas" da natureza que se deteriorariam inaproveitadas se não fossem arrastadas rapidamente para o ciclo interminável do metabolismo do homem com a natureza. É como se houvéssemos rompido à força as fronteiras distintivas que protegiam o mundo, o artifício humano, da natureza (...) entregando-lhes e abandonando-lhes a sempre ameaçada estabilidade do mundo humano" (ARENDT, 2014, p. 155).

privados de ver e ouvir os outros e privados de ser vistos e ouvidos por eles. São todos prisioneiros da subjetividade de sua própria existência singular, que continua a ser singular ainda que a mesma experiência seja multiplicada inúmeras vezes" (ARENDT, 2014, p. 71).

Importa ainda mencionar que a definição do domínio privado é apresentada por Arendt como estreita e intimamente relacionada à definição da dupla significação do domínio público:

> Viver uma vida inteiramente privada significa, acima de tudo, estar privado de coisas essenciais a uma vida verdadeiramente humana: estar privado da realidade que advém do fato de ser visto e ouvido por outros, privado de uma relação "objetiva" com eles decorrente do fato de ligar-se e separar-se deles mediante um mundo comum de coisas, e privado de realizar algo mais permanente que a própria vida. (ARENDT, 2014, p. 72).

O domínio público é, importa ressaltar afinal, o *locus* adequado para a ação, que como já se disse acima, tem por condição a pluralidade. Seria esse o espaço adequado para que os homens se relacionem entre si e, a despeito de suas diferenças, encontrem soluções para coexistir e garantir a liberdade.

4 A esfera social

Por fim, antes de tratar sobre a possibilidade de distinção entre os domínios público e privado, resta a delimitação teórica da categoria "esfera social".

Incialmente, Arendt trata de diferenciar os termos político e social, os quais originalmente não correspondiam. Enquanto a ideia de política seria herança grega, a palavra social teria origem romana e não encontra equivalente na língua ou no pensamento gregos.

Não obstante, o uso latino da palavra *societas* tinha também originalmente um significado claramente político, embora limitado:

> (...) indicava uma aliança entre pessoas para um fim específico, como quando os homens se organizavam para dominar outros ou para cometer um crime. É somente com o ulterior conceito de uma *societas generis humani*, uma 'sociedade da espécie humana', que o termo social começa a adquirir o sentido geral de condição humana fundamental. (Arendt, 2014, p. 28/29)

Arendt pontua que para o pensamento grego, a capacidade humana de organização política diferencia-se e, mais que isso, opõem-se a essa "*associação natural*" centrada no lar. O surgimento

da *polis* teria, assim, simbolizado o nascimento de uma segunda vida para os homens gregos; cada cidadão[12] passou a pertencer a duas ordens de existência e havia uma nítida diferença entre o que lhes era próprio e o que lhes era comum.

De todas as atividades humanas, somente duas integravam o que Aristóteles designava por *bios politikos*: a ação (práxis) e o discurso (lexis), "das quais surge o domínio dos assuntos humanos (...), de onde está estritamente excluído tudo o que é apenas necessário e útil" (ARENDT, 2014, p. 29), o trabalho e a obra, portanto – e que na concepção arendtiana de *victa activa*, conforme já foi apontado acima, todo oposto, abrangidos.

No contexto da *pólis* grega, ser político significava, então, que tudo era decidido mediante palavras e persuasão – e não pela força e pela violência. Para os gregos, forçar pessoas mediante violência, ordenar ao invés de persuadir, eram modos pré-políticos de lidar com as pessoas, típicos da vida fora da *pólis*, característicos do lar e da vida em família.

Para Arendt a esfera social turvou fronteiras que antes eram muito bem delineadas – e como se disse, protegidas pela propriedade privada, que marcava o fim do público e o início do privado - e o que hoje chamamos "privado" é uma esfera de intimidade cujas peculiaridades eram desconhecidas antes da era moderna.

Arendt aduz que

> Hoje não pensamos mais primeiramente em privação quando empregamos a palavra "privatividade", e isso em parte se deve ao enorme enriquecimento da esfera privada por meio do moderno individualismo. (...) a privatividade moderna, em sua função mais relevante, a de abrigar o que é íntimo, foi descoberta não como o oposto da esfera política, mas da esfera social, com a qual é, portanto, mais próxima e autenticamente relacionada. (ARENDT, 2014, p. 46/47)

Arendt aponta Rousseau como primeiro explorador da **intimidade**. Ele teria chegado à sua descoberta mediante um rebelião contra "a insuportável repressão do coração humano pela sociedade, contra a intrusão desta última em uma região recôndita do homem que, até então, não necessitara de proteção especial" (ARENDT, 2014, p. 47). A autora arremata a passagem afirmando que o indivíduo moderno e seus conflitos – "sua incapacidade tanto de sentir-se à vontade na sociedade quanto de viver completamente fora dela" (ARENDT, 2014, p. 47) – nasceram da rebelião empreendida por Rousseau. Existira, assim, uma estreita relação – de oposição - entre o social e o íntimo, como outrora a contraposição entre público e privado serviu mesmo para definir essas categorias.

[12] Importa ter em mente que a ideia de cidadania era, então, exclusiva.

A rebelião capitaneada por Rousseau teria - muito antes de que se estabelecesse o princípio da igualde, seja na esfera social ou no domínio político[13] - sido incialmente dirigida contra as exigência niveladoras do social, contra o conformismo.

Arendt associa a ascensão do social ao declínio da família enquanto instituição e aduz que isso se deve à absorção do grupo familiar por grupos sociais correspondentes.

Novamente aproximando a organização do lar da organização da sociedade, a autora afirma que a sociedade exclui a possibilidade de ação que antes se excluía do lar doméstico: "Ao invés da ação, a sociedade espera de cada um dos seus membros certo tipo de comportamento, impondo inúmeras e variadas regras, todas tendentes a 'normalizar' os seus membros, a fazê-los comportarem-se, a excluir a ação espontânea ou a façanha extraordinária" (ARENDT, 2014, p. 49/50).

Para Arendt, surgimento da sociedade de massas indicaria que os vários grupos sociais outrora existentes foram todos absorvidos por uma sociedade única; "(...) com o surgimento da sociedade de massas o domínio do social atingiu finalmente, após séculos de desenvolvimento, o ponto em que abrange e controla (...) todos os membros de uma determinada comunidade" (ARENDT, 2014, p. 50).

A vitória da igualdade no mundo moderno se colocaria, para Arendt, como o reconhecimento jurídico e político do fato de que a sociedade conquistou o domínio público e de que a distinção e a diferença tornaram-se assuntos privados do indivíduo.

Para a autora, isso implicaria no reconhecimento de que, na Antiguidade, o espaço público era o palco em que grandes ações eram ensaiadas, perseguidas e realizadas e, assim, permitiam ao indivíduo distinguir-se dos demais e galgar a imortalidade, o advento do social tornou a diferença tema afeto à intimidade do indivíduo.

Importa destacar a diferenciação colocada por Arendt entre a igualdade moderna e a igualdade dos tempos antigos (especialmente na cidade-Estado grega):

> Pertencer aos poucos "iguais" (*homoioi*) significava ser admitido na vida entre os pares; mas o próprio domínio público, a *pólis*, era permeado por um espírito acirradamente agonístico: cada homem tinha constantemente de se distinguir de todos os outros, de demonstrar, por meio de feitos ou façanhas singulares, que eram melhor de todos (*aein aristeuein*). Em outras palavras, o domínio público era reservado à individualidade; era o único lugar que os homens podiam mostrar quem realmente eram e quanto eram insubstituíveis. Por conta dessa oportunidade, e por amor a um corpo político que propiciava a todos, cada um deles estava mais ou menos disposto a compartilhar do ônus da jurisdição, da defesa e da administração dos assuntos públicos. (ARENDT, 2014, p. 50/51)

[13] Em *Origens do Totalitarismo* Arendt aduz que a igualdade pode ser concebida em dois planos: o social e o político; a igualdade política implicaria o fato de os indivíduos serem considerados iguais entre si independentemente de quaisquer outras características, e, como tal, gozarem dos mesmo direitos perante a lei; já a igualdade social implicaria na criação de um padrão de normalidade concebida como "qualidade inata de todo indivíduo, que é 'normal' se for como todos os outros, e 'anormal' se for diferente", de forma que indivíduos que se julguem iguais formam grupos fechados que relutam em reconhecer no outro a igualdade (política), surgindo então as mais variadas formas de discriminação. Conferir ARENDT, 2012, p. 85-86.

Outra implicação do surgimento da esfera social, seria e elevação da economia – arregimentada pelo seu principal instrumento técnico, a estatística – ao papel de ciência social por excelência; ela se fundaria, pois, na suposição de que os homens se comportam ao invés de agirem em relação aos demais. Arendt aduz que as leis da estatística somente seriam válidas quando se lida com grandes números e longos interstícios temporais, de modo que atos e eventos passariam a aparecer estatisticamente como desvios ou flutuações. Com isso, cada aumento populacional significaria um aumento da validade das análises estatísticas e uma diminuição dos "desvios". Politicamente, Arendt afirma que

> (...) **isso significa que, quanto maior é a população de qualquer corpo político, maior é a probabilidade de que o social, e não o político, constitua o domínio público**. **Os gregos cuja cidade-Estado foi o corpo político mais individualista e menos conformista que conhecemos, tinham plena consciência do fato de que a *pólis*, com a sua ênfase na ação e no discurso, só poderia sobreviver se o número de cidadãos permanecesse restrito**. Grandes números de pessoas amontoadas desenvolvem uma inclinação quase irresistível na direção do despotismo, seja o despotismo de uma pessoa ou do governo da maioria; e embora a estatística, isto é, o tratamento matemático da realidade, fosse desconhecida antes da era moderna, os fenômenos sociais que possibilitaram esse tratamento – grandes números justificando o conformismo, o behaviorismo e o automatismo nos assuntos humanos – eram precisamente o que no entendimento dos gregos, distinguia da sua a civilização persa. (ARENDT, 2014, p. 52/53)

A uniformidade estatística é vista por Arendt como um ideal político declarado de uma sociedade que, imersa na rotina do cotidiano, "aceita pacificamente a concepção científica inerente à sua própria existência" (ARENDT, 2014, p. 53).

O domínio privado do lar era, para os Antigos, o local onde as necessidades da sobrevivência individual e da continuidade da espécie eram atendidas e garantidas. Isso teria feito com que os Antigos nutrissem certo desprezo pela esfera da privatividade, pois ali o homem existia somente como exemplar da espécie animal humana.

O advento da sociedade, da dependência mútua em prol da vida, transformaria então a humanidade numa grande família e o espaço público, antes ocupado pelo político – enquanto lugar destinado à ação entre homens -, passa a ser colonizado por atividades relacionadas com a mera sobrevivência[14]. Arendt denuncia que o processo de satisfação das necessidades vida, antes restrito à esfera do lar, teria sido canalizado para o domínio público.

O advento da sociedade significou, para Arendt, a admissão das atividades domésticas e da administração do lar no domínio público; a principal característica desse novo domínio seria "uma irresistível tendência a crescer, a devorar os domínios mais antigos do político e do privado, bem como a esfera da intimidade, instituída mais recentemente" (ARENDT, 2014, p. 56).

A sociedade seria a forma na qual a dependência mútua visando a satisfação das necessidades adquire importância pública e na qual as atividades relacionadas com a mera sobrevivência escapam do domínio privado e aparecem em público. Para exemplificar esse ponto específico, Arendt se utiliza da atividade do trabalho, a qual se relaciona com o processo vital biológico, à manutenção da vida, e mesmo por isso durante milênios foi tido como uma atividade estritamente privada. Para a autora, a promoção do trabalho à estatura de coisa pública, acabou por liberá-lo de sua recorrência circular e monótona, transformando-o num progressivo desenvolvimento, cujos resultados teriam, em poucos séculos, alterado inteiramente todo o mundo habitado:

> Quando a atividade do trabalho foi liberada das restrições que lhe eram impostas por seu banimento no domínio privado, (...) foi como se o elemento de crescimento inerente a toda a vida orgânica houvesse completamente superado e prevalecido sobre os processos de perecimento por meio dos quais a vida orgânica é controlada e equilibrada no lar da natureza. (ARENDT, 2014, p. 57/58)

[14] A despeito da inundação do espaço público pela esfera social – que Arendt enxerga como a fuga de questões afetas à sobrevivência, antes restritas aos limites do lar, para o espaço comum, no sentido de espaço repartido com os outros – vale anotar o que diz o sociólogo polonês Zygmunt Bauman: "(...) a esfera pública é que se encontra hoje inundada e sobrecarregada, invadida pelos exércitos da *privacidade*" (BAUMAN, 2011). O autor afirma, ademais, que o espaço passou a ser um lugar de socialização e compartilhamento das aflições privadas, sem que sejam abstratizadas suficientemente para se tornarem efetivamente questões públicas. O que Bauman designa por "aflições privadas" parece se aproximar da noção de Arendt de **intimidade**, que ela diferenciou da privacidade em *A Condição Humana*. Assim, para Bauman, o espaço público não teria sido apenas subjugado pela socialização do lar; mais do que isso, o sociólogo afirma que o espaço público foi inundado pela intimidade (que nos escritos do sociológico é identificado como privacidade). Veja-se que, para Arendt, a intimidade era justamente uma noção mais oponível à esfera de social que ao domínio público ou ao domínio privado; a autora concebia que a possibilidade de distinção entre os homens, com o advento do social, havia sido relegada para a intimidade. A constatação de Bauman, já quase quarenta anos depois de Arendt ter deixado de existir, supera essa noção, e afirma, a partir de uma análise relacionada com avanços tecnológicos da nossa era, especialmente na seara da comunicação (como a internet, as redes sociais, a telefonia móvel etc.), que o espaço público teria se tornado palco de socialização da intimidade.

O domínio social - lugar em que o processo da vida estabeleceu um âmbito público - teria desencadeado um "crescimento artificial do natural" (aumento acelerado da produtividade e do trabalho) contra o qual o privado, o íntimo e o político mostrariam-se incapazes de se defender. Para Arendt, a divisão do trabalho é o que sucede à atividade do trabalho nas condições do domínio público, o que, para a autora, não seria possível nas condições da privatividade do lar.

Embora a necessidade torne o trabalho indispensável à manutenção da vida, não seria possível relacioná-lo à noção que excelência, que, historicamente, foi reservada ao domínio público, que era então o lugar propício para uma pessoa distinguir-se das demais:

> Toda atividade realizada em público pode atingir uma excelência jamais igualada na privatividade; para a excelência, por definição, é sempre requerida a presença de outros, e essa presença exige a formalização do público, constituído pelos pares do indivíduo; não pode ser a fortuita e familiar de seus iguais ou inferiores. (ARENDT, 2014, p. 59)

O domínio do social teria tornado a excelência anônima, na medida em que enfatiza o progresso da humanidade no lugar das realizações dos indivíduos e, com isso, teria aniquilado, para Arendt a conexão entre a realização pública e a excelência. A autora conclui a reflexão afirmando que nenhuma atividade humana pode tornar-se excelente se não houver no mundo um espaço adequado para o seu exercício; esse lugar seria, no pensamento arendtiano, necessariamente o domínio público.

O alargamento do domínio social constituíram para Arendt uma ameaça tanto para o domínio público quanto para o domínio privado. E se o perigo de extinção do domínio público exsurge quase como elementar – tendo sido amplamente abordado acima – não se pode deixar que observar que a extinção do domínio privado também se evidencia bastante perniciosa para a existência do mundo. Visando evidenciar que a eliminação do domínio privado constitui um perigo para a existência humana, Arendt propõe que se considere as feições não privativas da privatividade, anteriores e independentes da esfera da intimidade, as quais enumera:

> A diferença entre o que temos em comum e o que possuímos privadamente é, em primeiro lugar, que as nossas posses privadas (...) são muito mais urgentemente necessárias que qualquer parte do mundo comum; (...) A segunda saliente característica não privativa da privatividade é que as quatro paredes da propriedade privada de uma pessoa oferecem o único refúgio seguro contra o mundo público comum, - não só contra tudo o que nele ocorre, mas também contra sua própria publicidade, contra o fato de

> ser visto e ouvido. Uma existência vivida inteiramente em público, na presença de outros, torna-se (...) superficial. Retém a sua visibilidade, mas perde a qualidade resultante de vir à luz de um terreno mais sombrio, que deve permanecer oculto a fim de não perder sua profundidade em um sentido muito real, não subjetivo. O único modo eficaz de garantir a escuridão do que deve ser escondido da luz da publicidade é a propriedade privada, um lugar possuído privadamente para se esconder. (ARENDT, 2014, p. 87/88)

Os corpos políticos pré-modernos, antes de protegerem diretamente as atividades exercidas diretamente no domínio privado, protegeram as fronteiras que o separavam do domínio público. A marca distintiva da moderna teoria política seria o ênfase nas atividades privadas dos proprietários e em sua necessidade de proteção governamental para o acúmulo de riqueza.

5 Considerações finais

Os três subtítulos do desenvolvimento deste artigo trataram de delimitar as categorias domínio público, domínio privado e esfera social no contexto do pensamento arendtiano.

Estabeleceu-se que para Arendt o objetivo da política é a liberdade; e a criação de um espaço durável para a liberdade, por meio da política – de um espaço público com conteúdo político[15], portanto -, é condição de possibilidade para a própria liberdade. O espaço público seria o *locus* adequado para que os homens se relacionem entre si e, a despeito de suas diferenças, encontrem soluções para coexistir e garantir a liberdade.

Já o domínio privado, definido em contraposição ao domínio público, é o local onde os homens vivem juntos compelidos por suas necessidades e também o lugar onde assuntos que não suportam a exposição pública ficam protegidos da constante exposição que o público – no sentido de ser constantemente visto e ouvido pelos outros – representa e conseguem se desenvolver a contento.

Os dois domínios, ademais, se contrapõe e se complementam; são interdependentes. Viu-se também que a propriedade privada foi, historicamente, o limite

[15] O domínio público com conteúdo político, como se buscou definir neste artigo, é o domínio público do homem que fala e age. Arendt aduz, ainda, a possibilidade de o *homo faber* – sujeito ativo da obra; homem enquanto fabricador – ser capaz de um domínio público próprio, mas não um domínio político propriamente dito. O domínio público do *homo faber* seria o mercado de trocar.

entre os domínios e mesmo por isso pode-se dizer que sempre teve relevância pública. Era dentro dos limites da propriedade - no contexto da vida familiar – que as necessidades eram satisfeitas e, assim, permitia a alguns homens (os cidadãos) transpor o abismo que separava as duas esferas e ingressar no espaço público, passando a ter uma segunda ordem de existência: uma vida pública.

A esfera social, a seu turno, surgida juntamente com a era moderna, teria vindo a turvar, segundo Arendt, os limites entre os domínios público e privado, antes muito bem delineados. A autora associa a ascensão da esfera social ao declínio da família enquanto instituição e argumenta que a sociedade exclui a possibilidade de ação que antes se excluía do lar doméstico. O social, ademais, teria implicado na inundação do espaço público com assuntos antes estritamente privados, como a economia por exemplo.

Nesse contexto, partindo da premissa de que a democracia para se concretizar necessita da efetiva participação dos cidadãos por meio do jogo político, a existência de um espaço público destinado a ser palco da política passa a ser de extrema relevância.

Contudo, ao romper os limites entre os domínios público e privado e lançar para o espaço público atividades relacionadas à satisfação das necessidades humanas, a esfera social acabou por dificultar sobremaneira a distinção entre os domínios público e privado e também a ameaçar sua existência.

Muito embora seja ainda possível falar-se da existência de um domínio público, não se pode mais dizer que seu conteúdo seja político ou que seja um espaço destinado para ação. Arendt nos traz que o espaço público foi invadido por questões antes privadas, relacionadas à satisfação das necessidades humanas. Já com Bauman, temos que o domínio público hoje se destina mais ao compartilhamento de angústias afetas à intimidade – fenômeno este agravado com o advento da internet e, mais recentemente, das redes sociais. Já

Sob ambas as perspectivas, o espaço público, enquanto espaço para a política encontra-se inviabilizado; uma das principais razões para tanto - tomando em conta o acima exposto de que as esferas pública e privada são interdependentes - talvez seja a exposição pública que os assuntos privados e íntimos vem recebendo nas últimas décadas. Não existe distinção entre o que deve aparecer em público e o que deve ser ocultado na privatividade.

Se historicamente buscou-se defender a esfera privada da ameaça representada

pelo poder público (veja-se: não pelo espaço público), atualmente a batalha parecer ser mais no sentido de defender o espaço público da ameaça que a esfera social e a intimidade representam.

Tem-se, portanto, que a redefinição e a recolonização do espaço público são, no momento histórico que experimentamos, condições de possibilidade para a implementação de uma democracia verdadeiramente substancial e que, especificamente neste ponto, o pensamento arendtiano é bastante relevante.

6 Referências bibliográficas

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução Roberto Raposo. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

_____. **A condição humana**. Tradução Roberto Raposo. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

_____. **Between Past and Future**. New York: Penguin Classics, 2006.

_____. **Compreender**. Formação, exílio e totalitarismo. Tradução Denise Bottmam. São Paulo: Companhia das Letras; Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008.

_____. **Origens do Totalitarismo**. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia de bolso, 2012.

BAUMAN, Zygmunt. **44 Cartas do Mundo Líquido Moderno**. Tradução Vera Pereira. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

MACHADO, Felipe Daniel Amorim. **Arendt e Schmitt: diálogos sobre a política.** Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

YOUNG-BRUEHL, Elizabeth. **Hannah Arendt: for the love of the world**. 2. ed. New Haven: Yale University Press, 2004.

YOUNG-BRUEHL, Elisabeth. **Why Arendt Matters**. New Haven: Yale University Press, 2006.

AS ORIGENS DA METODOLOGIA DA HISTÓRIA DO DIREITO NA ESCOLA HISTÓRICA ALEMÃ: OU SOBRE A ATUALIDADE PERSISTENTE DE LEOPOLD VON RANKE

Márlio Aguiar[*]

Palavras-chave: História do Direito; Teoria da História; Leopold von Ranke; Escola Histórica Alemã; Escola Histórica do Direito.

Resumo: Franz Leopold von Ranke (1795-1886) foi um historiador e professor prussiano conhecido particularmente como um dos pais da historiografia moderna. Ranke não apenas teve papel na conformação do modelo historiográfico como investigação metódica e objetiva da História, mas também na institucionalização desse campo de saber e na relação entre História e do Estado-Nação no séc. XIX. Sua centralidade nos estudos históricos é a mesma do jurista Friedrich Carl von Savigny, seu contemporâneo, e, pouco depois, nomes como o dos romanistas Theodor Mommsen, George Friedrich Puchta e do germanista Otto von Gierke da Escola Histórica do Direito; ainda que um não-jurista, a sensibilidade Ranke para o uso das fontes e a criação de métodos rigorosos de pesquisa e inferência foram fundamentais para a constituição da Escola Histórica Alemã e a própria configuração das áreas de história do direito e metodologia da história. Contudo, Ranke foi continuamente alvo de críticas e caricaturas no correr do séc. XX, recebendo pechas como a de positivista ou apologeta do Estado prussiano, por conta de leituras descontextualizadas e anistóricas com relação a sua produção e seus componentes teóricos. O presente trabalho pretende, à luz dos escritos metodológicos explícitos e implícitos de Ranke, como problema, desfazer alguns dos "mitos historiográficos" incorporados em sua imagem, através da devida inserção do autor em seu contexto histórico e da problematização do que ainda julgamos haver atual e fundamental, para a produção da história do direito, em sua metodologia e visão de história.

[*] Mestrando em Teoria e História do Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (PPGD/UFSC). Bacharel em direito da Universidade Federal de Santa Catarina (CCJ/UFSC). Graduando do curso de história da Universidade do Estado de Santa Catarina (FAED/UDESC). Membro do Grupo de Pesquisas em Latim e Fontes de Direito Romano: Ius Dicere (CNPq/UFSC). CV Lattes: < http://lattes.cnpq.br/2739783351994899 >.

Keywords: Legal History; Theory of History; Leopold von Ranke; German Historical School.

Abstract: Franz Leopold von Ranke (1795-1886) was a prussian historian and teacher known particularly as one of the fathers of modern historiography. Ranke not only had role in shaping the historiographical model as methodical and objective investigation of history, but also in the institutionalization of this field of knowledge and the relationship between history and the nation-state in the 19th century. Its centrality in historical studies is equal to jurists as Friedrich Carl von Savigny, his contemporary, and soon after, names like Theodor Mommsen, George Friedrich Puchta and Germanist Otto von Gierke of the Historical Law School; even a non-lawyer, his sensitivity to the use of sources and the creation of rigorous research and inference methods were fundamental to the constitution of the German Historical School and the very configuration of the areas of Legal History and methodology of history. However, Ranke was constantly criticized in the course of the 20th century getting false imagens as "positivist" or "apologist of the Prussian State" on behalf of decontextualized and ahistorical approaches. This paper aims, in the light of explicit and implicit methodological writings of Ranke, as a problem, undo some of the "historiographical myths" embedded in his image, through proper insertion of the author in their historical context and issue of who still believe there current and essential for the production of the history of law, in its methodology and vision of history.

1 Introdução

O *know-how* de qualquer ciência – do ponto de vista não apenas epistemológico, mas também no sentido mais puramente metodológico: o como fazer – é um dos principais elementos que nos permitem conhecer o estado da arte de determinado campo de saber. No caso da história, as discussões que permeiam os estudos de "teoria da história", "metodologia da história", "didática da história" e "história da historiografia" constituem adequados pontos de partida para delinear o que os historiadores de cada tempo pensavam

a respeito de seu ofício; a que paradigmas e metodologias prestavam tributo; quais eram suas preocupações e para onde centravam suas atenções em suas pesquisas.

O presente trabalho, visando dar uma contribuição aos debates metodológicos e teóricos da história do direito no Brasil, busca retomar, brevemente que seja, as considerações a respeito da história e do ofício do historiador tecidas por Franz Leopold von Ranke (1795-1886). Ranke foi um historiador prussiano conhecido particularmente como patriarca da historiografia dos Novecentos: há, não apenas na Alemanha, mas no mundo ocidental como um todo, um modelo de história antes de Ranke e outros posteriores a ele.

Ranke teve papel na conformação da história, que se constituiu como ciência, e mais, como uma ciência de investigação metódica do passado. Sua centralidade nos estudos históricos é a mesma de juristas como Friedrich Carl von Savigny, seu contemporâneo e fundador da Escola Histórica do Direito, e, pouco depois, nomes como o dos romanistas Theodor Mommsen, George Friedrich Puchta e do germanista Otto von Gierke da Escola Histórica do Direito. Ainda nos tempos de sua vida, Ranke conviveria com outros autores do pensamento historiográfico alemão, especialmente Johann Gustav Droysen, e eruditos como Alexander von Humboldt. A efervescência cultural, acadêmica e científica do período não é apenas uma das características marcantes do contexto intelectual e de produção de Ranke; ele próprio foi um dos expoentes do mundo acadêmico alemão de sua época.

Pode-se perguntar: em quê Ranke, um historiador *tout court* – e não propriamente um historiador do direito – do século XIX poderia interessar aos historiadores do direito do presente? Parafraseando o título de um texto clássico sobre Ranke escrito por Sérgio Buarque de Holanda – e, de certa forma, nosso título lhe presta tributo –, o que há de atual em von Ranke?

Destacamos nesses prolegômenos que, mesmo não sendo um jurista ou mesmo um historiador do direito propriamente dito, a sensibilidade rankeana para o uso das fontes e a criação de métodos rigorosos de pesquisa e inferência foram fundamentais para a constituição e formação de todas as áreas da história, não apenas a metodologia da história, mas a própria história do direito. Os métodos de Ranke continuariam a ser usados e lembrados na historiografia alemã subsequente, inclusive nas obras de Mommsen e do jovem Weber.

Apesar disso, Ranke continuamente alvo de caricaturas no correr do século XX, recebendo pechas como a de "positivista" ou "apologeta do Estado prussiano". Leituras descontextualizadas e anistóricas com relação a sua produção e seus componentes teóricos – como bem lembra o professor Sérgio da Mata, não seria exagerado dizer que oito entre dez críticos de Ranke nunca deitaram os olhos sobre suas páginas (MATA, 2011, p. 248) – parecem ser um adequado diagnóstico para tamanha miopia diante não apenas das contribuições de Ranke, mas a simples historicização de seu momento de atuação no campo do saber histórico.

O presente trabalho pretende, à luz de alguns escritos metodológicos explícitos e implícitos de Ranke, como problema, desfazer alguns dos "mitos historiográficos" incorporados em sua imagem, através da devida inserção do autor em seu contexto histórico e da problematização do que ainda julgamos haver atual e fundamental, para a produção da história do direito, em sua metodologia e visão de história.

2 Leopold von Ranke e a formação da ciência histórica

Franz Leopold von Ranke, de origem luterana, nasceu em Wiehe, atual Unstrut, na Turíngia (1795) e morreu em Berlim (1886). Iniciou seus estudos no ginásio de Schulpforta (famosa escola criada no século XV, onde também estudou o pensador do idealismo alemão, Johann Gottlieb Fichte).

Entrou na Universidade de Leipzig em 1814, na juventude, quando tomou contato com os autores antigos como Tucídides, Tito Lívio e Dionísio de Halicarnasso. Entre seus contemporâneos, apreciou o pensamento de Barthold George Niebuhr (1776-1831), Immanuel Kant (1724-1804), Joahnn Gottlieb Fitche (1762-1831), Friedrich Schelling (1775-1854) e Friedrich Schlegel (1772-1829). Já em 1817 iniciou carreira como professor de letras clássicas no Friedrichs Gymnasium.

Redige e publica entre 1824 e 1825 (portanto, aos trinta anos, bastante jovem para a época) sua primeira obra, *História dos povos latinos e germânicos de 1494 a 1514*, usando uma variedade de fontes. Seguindo os passos de Niebuhr, e na crítica documental desenvolvida por Friedrich A. Wolf (1759-1824) e August Böckh (1785-1867) e a

hermenêutica romântica de Schleiermacher, desenvolveu a base de seu método histórico. Foi na introdução desse livro que lançou sua famosa e incompreendida frase: "mostrar o que realmente aconteceu" (*wie es eigentlich gewesen*). Ranke jamais se limitou a produzir história meramente factual, política, ou foi adepto de uma objetividade que pudesse anular a subjetividade do historiador (BENTIVOGLIO, 2010, p. 132-135).

Foi nomeado professor na Universidade de Berlim em 1825, ao lado de Friedrich Carl von Savigny (1779-1861) em oposição ao pensamento histórico de Friedrich W. Hegel (1770-1831). Foi em Berlim que Ranke despertou uma insaciável curiosidade arquivística (e recebeu há muito um apelido bastante difundido, o "Colombo da história"), proporcionado pelo meio universitário e possibilitando-o dedicar-se ao estudo e pesquisa das fontes primárias dentro e fora da Prússia. A Universidade de Berlim era um novo modelo universitário, baseado mais na pesquisa do que na instrução, seguindo o modelo de Humboldt.

Em 1825-1827 viajou para a Suíça e a Itália; esse período de viagens serviu a Ranke para estudar e descobrir fontes que lhe ajudassem a contar a história dos estados modernos do sul da Europa – é a partir daí que se tornou o "Colombo da História" e, até hoje, se os trabalhos dos historiadores são significativamente compostos por pesquisas arquivísticas, não fazemos mais do que simular Ranke. Passa um tempo em Viena, ao lado de intelectuais como Wuk Stephanowich (com uma larga coleção de canções populares também estudada por J. Grimm e Goethe), e lá redige *Historia de las revoluciones en Servia*, com um detalhado estudo dos costumes, religião e poesia para explicar a sobrevivência dos sérvios a séculos de sujeição; ainda que liberal convicto, Ranke se convencera da incapacidade dos turcos de governar povos cristãos e narrou com simpatia os esforços dos sérvios, numa obra inédita de história contemporânea. Segundo Meinecke (1986, p. 23-24), é nesse período também que Ranke entra em contato de modo mais amplo com a política europeia de seu tempo e ganha uma compreensão da unidade essencial do sistema europeu.

Em 1831, a pedido do ministro do Exterior, conde von Bernstorff, fundou a *Revista história-política* (*Historisch-Politische Zeitschrift*), um pequeno baluarte intelectual para combater o liberalismo e o pensamento francês, bem como defender o pensamento monárquico e conservador; a revista durou entre os anos de 1831-1836. Em seu

nacionalismo, oposto à excessiva influência de França, Ranke insistia que os estados e nações tinham suas peculiaridades e seus próprios caminhos.

A revista teve pouca influência mundo a fora, e correspondia aos intentos da Restauração, vividamente apoiados por Savigny; e exerceu grande importância na vida do historiador Ranke. As principais teses combatidas no periódico: o republicanismo francês, a doutrina da soberania do povo; em prol de uma tese da conservação das instituições, dos privilégios locais e estamentos. Por meio da revista, Ranke expressou sua convicção a respeito da individualidade dos estados e do perigo do racionalismo nivelador francês; os Estados eram entendidos como criações do espírito humano e pensadas por Deus; o caráter de cada um só se compreende pelo todo. A atitude conservadora de Ranke e sua oposição às ideias francesas teve pouca influência e lhe fez perder colegas liberais (MEINECKE, 1986, p. 25-26); após esses anos, Ranke não tomaria mais parte ativa nas controvérsias políticas do país (um eco disso se encontra no discurso inaugural pronunciado em 1836 a respeito das relações entre história e política).

Entre 1834-1836 publicou sua *História dos papas, sua Igreja e Estado no século XVI e XVII* em três volumes a despeito de ter sido proibido de consultar os arquivos do Vaticano. Nesse livro, formulou o conceito de contrarreforma e polemizou com o catolicismo; complementou entre 1845-1847 com a obra *História da Reforma na Alemanha*, após uma minuciosa pesquisa na *Reichstag* (Dieta Imperial, instituição que representava tradicionalmente o parlamento alemão) em Frankfurt.

Em 1841 tornou-se historiógrafo real da corte prussiana, e em 1849 publico um livro que examinava a história da Prússia desde o medievo até Frederico, o Grande. Não fez nenhuma apologia ao Estado prussiano ou defesa do nacionalismo de modo exacerbado. Ranke foi o primeiro historiador a quem se autorizou utilizar os documentos do Estado prussiano para escrever seus *Nove livros de historia prussiana* (1847-1848), com o particular mérito de estudar o significado e a personalidade de Frederico Gulherme. Reconhecia o particularismo da Prússia (ao contrário do nacionalismo presente em Droysen) e, curiosamente – uma anedota que nos interessa –, certa feita se negou a discutir uma questão legal a respeito dos direitos sobre a Silésia, informando que não era tarefa do historiador (MEINECKE, 1986, p. 23).

Em seus famosos seminários de 1854, na presença do futuro rei Maximiliano II da Baviera, Ranke desenvolveu, assim como na famosa preleção *Sobre as afinidades e diferenças entre história e política*, uma "exposição sistemática e coerente dos princípios historicistas na historiografia" do século XIX. Ranke não deixou, nessas ocasiões, de professar seu cunho religioso, mas uma religiosidade que o afastava de qualquer escatologia historiográfica: cada época, para ele, era ligada imediatamente a Deus (nesse ponto, um romântico da verve de Herder), recusando qualquer abordagem do tipo teleológica no qual o período subsequente é sempre superior em todos os sentidos ao anterior. Se havia uma boa quantidade de teologia para explicar suas motivações, seu trabalho seria mais imune: como declarou de modo célebre o próprio Ranke, preferia a história à ficção, e queria ter por objeto mostrar o que de fato ocorreu no passado. O objetivo de Ranke é buscar ao máximo possível não incidir em juízos a respeito do passado (MEINECKE, 1986, p. 11-18).

Mesmo em épocas avançadas de sua carreira, Ranke dedicou-se enormemente a visitar os arquivos pode onde passava (Viena, Roma, Florença, Vaticano, Paris etc.), recolhendo informações para estudar e escrever a história europeia moderna que planejava. Do período que morou na Itália, escreveu estudos e obras, inclusive *Veneza aos finais do século XVI* (1878), em que desconstrói a imagem tecida por alguns teóricos a respeito de uma constituição política perfeita, lógica e filosófica, não correspondente às fontes e à vida história da cidade.

Mesmo após sua aposentadoria (1871) continuou trabalhando e, a partir de 1880, começa um ambicioso trabalho, em seis volumes, sobre a história universal, que coroasse sua trajetória e, ainda que ao final da vida, o fizesse retornar aos temas da história e da historiografia clássicas. Podemos aqui aproveitar as considerações de um de seus intérpretes mais autorizados, Friedrich Meinecke, que, *in verbis*:

> Su mente era sintética y estaba por encima de las rivalidades de raza y de dogma. Declaraba que era imposible contentarse con la historia de pueblos aislados. En el transcurso de los siglos la raza había ganado una herencia en progreso material y social, religión y creaciones del genio, recuerdos de los acontecimientos y grandes hombres que unificaban al género humano. Había una vida histórica general que se movía progresivamente de una nación o un grupo de naciones a otras. Partiendo de este concepto de un proceso único, excluye como desconocidos los orígenes de la sociedad y los pueblos orientales por encontrarse alejados de la corriente principal (MEINECKE, 1985, p. 29).

A grande obra, nunca conclusa, começou com o Egito e os hebreus e alcançou o século XII – o trabalho se interrompe em 1886 com seu falecimento; seus assistentes usaram suas notas para expandir a obra em uma narrativa até o ano de 1453. Ao estudar cada sociedade (do Egito a Roma, por exemplo), a tarefa que propunha Ranke era a de separar o *importante* do trivial, identificar o papel de cada sociedade na cadeia da história universal (ainda que não tenham faltado críticas ao uso reduzido de fontes e estudos arqueológicos nesse ponto). Ranke alcançou uma proeza intelectual sem precedentes com essa obra e seu exame geral da história do mundo.

3 Legados metodológicos de Ranke para a história (e também à história do direito)

Ranke prestou serviços à história[1]; permitirmo-nos enunciar os três principais apontados por Meinecke (1986, p. 26-33). Em primeiro lugar, (i) Ranke divorciou o estudo do passado das paixões do presente com sua atitude símile a do historiador grego antigo Tucídides, a de buscar a imparcialidade e narrar a realidade como ela se sucedeu, em uma defesa sincera pela ciência verdadeira da história. (ii) Estabeleceu a necessidade no método histórico de construir a narrativa a partir de fontes contemporâneas ao que está sendo narrado; foi o primeiro, nesse sentido, a saber utilizar bem o serviço dos arquivos. (iii) Fundou a "ciência da prova" mediante análise das autoridades e todo o entorno dos autores e escritores dos textos, pois todo historiador deveria investigar os dados de seus informantes. Fundou assim o estudo científico dos materiais e estabeleceu um padrão de erudição para a historiografia alemã.

Quanto ao método, de certo modo já aludimos que Ranke é herdeiro tanto de Wilhelm von Humboldt (1767-1835) quanto de Barthold Niebuhr. Podemos qualificar essa

[1] O que não significa acreditarmos que Ranke não possuísse falhas ou limitações. Os defeitos de Ranke parecem ter sido mais negativos do que positivos, ou seja, mais de ausências ou faltas em sua obra do que propriamente de erros comissivos. Era criticado por seu cosmopolitismo, por sua pretensa neutralidade ética e seu transcendentalismo. Tratava de igual modo os indivíduos (homens de ação) e as nações; sua obra é particularmente incompleta porque ora esquece das massas, ora não tem as ferramentas conceituais para compreendê-las; passa ao alto pelas pressões das forças econômicas, concentrando-se nos ocorridos diplomáticos e políticos que são tratados nas suas fontes.

informação pelos seguintes aspectos da metodologia de Ranke: (i) recurso das fontes primárias, (ii) uso da crítica histórica documental, (iii) defesa da escrita da história comprometida com a verdade dos fatos, objetiva e partidária, sem que isso signifique uma recusa da subjetividade ou da poética da história. Ranke valorizava a narrativa do historiador, uma vez que a história era simultaneamente *ciência* e *arte*; o que não deveria ocorrer era a introdução das posições políticas do historiador. A história não poderia ser neutra, mas Ranke preconizava a recusa consciente em tomar-se partido ("sou historiador, não apologeta").

Uma das formas da vida humana que mais o ocupou foi a institucionalização da vida social no Estado; o Estado é visto como uma entidade em que se sustentam os princípios ou ideais universais. No plano histórico-político, os Estados precisam ser entendidos como construtos históricos singulares. Ranke dedicou-se a estudar o sistema europeu dos estados (a) pelo estudo da formação e desenvolvimento dos povos românicos e germânicos, (b) após, sua concentração no período moderno entre os séculos XV ao XVIII e (c) o recurso ao fio condutor da história política. Ainda assim, Ranke não negligenciou as demais facetas da vida social. A história deveria ser estudada na complexa relação entre identidade própria e interação externa, algo que buscou sintetizar na sua obra tardia, *História Universal*.

Ranke organizou, de fato, sua reflexão com base no conceito de objetividade, numa versão modificada de Tucídides, preocupado sempre em narrar o que foi. Se Tucídides intentava sair dos acontecimentos para encontrar leis causais prevalecentes e cíclicas na história, o caminho de Ranke é outro: saber e narrar as coisas do modo mais fiel possível com as fontes, no contexto específico da historiografia pesquisada (recusa-se assim à concepção de Droysen, que vê não na objetividade, mas na justiça e consciência moral aquilo que qualifica o trabalho do historiador). Ranke apregoava que o historiador deveria privilegiar, diante da variedade de aspectos possíveis, o "necessário", o que implicava na forma de sua narrativa e dimensão artística dadas à apresentação historiográfica da ciência (uma não dispensa a outra) (CALDAS; MARTINS, 2013, p. 17-19). Como afirmaram Pedro Caldas e Estevão Rezende Martins (2013, p. 19):

> Pode-se dizer que o parâmetro rankeano inclui pelo menos três grandes princípios: o rigor metódico para estabelecer a qualidade da informação extraída da fontes; a amplitude, a articulação e a complementaridade entre os campos de conhecimento (teologia, filologia, antiguidade greco-romana, direito etc.); a recusa de qualquer forma de pensamento dogmático, transcendente ou dualista. A síntese dessa atitude se dá na História: como conhecimento, como procedimento, como experiência de vida. Para Ranke, é na História, com a História e pela História que o ser humano alcança o maior saber de si, o único acesso à compreensão plena da vida humana (p. 17).

É lamentável que tamanho historiador – que chegou a eclipsar contemporâneos talentosos como Droysen e Mommsen – tenha sua obra por alvo de tamanha incompreensão (acompanhamos aqui BENTIVOGLIO, 2010, p. 137-138).

Ranke jamais foi um historiador positivista, que reduz sua obra à caricata, incompreendida e deslocada de contexto máxima "como realmente aconteceu". Com essa máxima, Ranke meramente referia-se a necessidade de o historiador nem louvar nem julgar aquilo que está estudando. Ranke empregava a crítica histórica como cerne do trabalho, mas não realizava nenhuma aplicação de uma lei geral e progressiva de desenvolvimento histórico aos moldes da filosofia positiva (BENTIVOGLIO, 2010, p. 137-137).

Ranke não era um apologeta de uma objetividade inalcançável; seu intento era vetar a subjetividade do simples arbítrio por meio da erudição no trato das fontes e no método do historiador; mas reconhece a subjetividade inescapável, segundo os autores, no sentido luterano: o intérprete é perpassado por ele mesmo no confronto com as fontes. O veto rankeano é uma apologia da libertação da história acumulada e sedimentada, do mesmo modo que o luteranismo veta as autoridades interpretativas das Sagradas Escrituras (ou seja, conceitos e preconceitos previamente determinados).

Nesse quesito, não há nada melhor do que analisar o próprio Ranke em uma de suas conferências de 1854, a respeito da noção de progresso. "Como se deve entender o conceito de 'progresso' na história"? Inicialmente, Ranke afirma que existem entre certos filósofos a ideia de que a humanidade evolui do estado primitivo até um estado meta positivo, ou pela existência de uma vontade geral que orienta a evolução, ou que há uma natureza espiritual intrínseca à humanidade. Ranke nega essas concepções filosóficas (RANKE, 1986, p. 57), porque suprimem a liberdade humana e convertem os homens em instrumentos carentes de vontade, como por ser historicamente impossível de demonstrar.

Se é verdade, afirma Ranke, que parece existir um poder histórico (espírito humano) que coloca os povos em um movimento que os afasta dos tempos primitivos e os coloca num caminho de certa continuidade (e mesmo, que há um movimento histórico geral que pressupõe a participação de um sistema de povos), não se pode afirmar que há um progresso constante (RANKE, 1986, p. 58). Na realidade, o progresso por vezes é muito mais regressivo do que progressivo (Ranke exemplifica esse ponto com a história da Ásia). Em segundo lugar, pensa Ranke, a evolução progressiva dos séculos de modo algum abarca simultaneamente todos os ramos do saber humano.

> Consiste [progreso], sencillamente, en que las grandes tendencias espirituales que dominan la humanidad tan pronto se superan las unas a las otras como se enlazan entre sí. Ahora bien, en estas tendencias se destaca siempre una determinada dirección particular, que predomina y se impone, al paso que las demás pasan a segundo plano (...) **En cada época de la humanidad se manifiesta, por tanto, una gran tendencia dominante, y el progreso no consiste en otra cosa sino en que cobre cuerpo en cada periodo histórico un cierto movimiento del espirito humano que destaca ora una tendencia ora otra y se manifiesta en ella de un modo peculiar** (RANKE, 1986, p. 58-59, grifos nossos).

Em consonância com a escola histórica, afirma Ranke: "toda época tiene un valor próprio, sustantivo, um valor que debe buscarse, no en lo que de ella brote, sino en su propia existência, en su próprio ser" (RANKE, 1986, p. 59). Cada época da história deve ser considerada por si mesma: nesse ponto, Ranke está expressamente atacando a visão de um acúmulo progressivo da humanidade, na visão de que toda geração é superior à precedente e às anteriores, despindo de toda importância subjetiva os escalões anteriores frente ao superior. Ainda nas palavras de Ranke:

> Por consiguiente, el historiador deberá fijarse, fundamentalmente y por encima de todo, **en el modo de vivir y de pensar de los hombres de un determinado período**; si lo hace así, verá que, **independientemente de las grandes ideas inmutables y eternas, por ejemplo de la idea moral, cada época tiene su tendencia específica y su ideal propio** (...) en segundo lugar, el historiador debe observar también **la diferencia existente entre las distintas épocas, para llegar a comprender la necesidad interior de su entronque y sucesión**. Desde este punto de vista, es inegable la existencia de cierto progreso; **pero no nos atreveríamos a afirmar que este progreso se presente en línea recta**; más exacto seria representárselo **como un río que va abriéndose paso a su modo** por entre los obstáculos que tratan de cerrarle el camino (RANKE, 1986, p. 59, grifos nossos).

Ante a divindade, diz Ranke, todas as gerações da humanidade são iguais e de idêntico valor, **e esse** deve ser o ponto de vista do historiador. Sendo assim, o historiador sucessivamente deve avaliar a história de cada época por sua própria razão de ser e valor, sem perder de vista a posteridade; a noção de "progresso" de Ranke, desse modo, não é ingênua e muito menos simplista. A única ideia de progresso admissível constantemente seria a de progresso material e essa, contudo, não engendra necessariamente outras formas de progresso (como o moral ou espiritual, afirma Ranke). Ranke também discorda da tese cosmopolita de que a Providência encaminharia a humanidade para um caminho de supressão da violência: não é essa a conclusão que um historiador pode retirar de suas fontes, afirma Ranke (RANKE, 1986, p. 61). A humanidade concebida por Deus, pensa Ranke, deve ser valorizada por si mesma, por um processo espiritual que está implícito em sua natureza, e não sendo mero instrumento das ideias. Sendo assim as "ideias diretrizes" nada mais são do que as tendências dominantes de cada século, que só podem ser descritas (mas não reduzidas a um conceito ou *ideia*):

> La misión del historiador consiste en ir **desentrañando las grandes tendencias de los siglos y en desenrollar la gran historia de la humanidad**, que no es sino el complejo de estas diversas tendencias. Desde el punto de vista de la idea divina, sólo acertamos a representarnos este de un modo: **concibiendo la humanidad como un tesoro infinito de evoluciones recónditas que, poco a poco, van saliendo a la luz**, con arreglo a **leus desconocidas para nosotros, misteriosas y mucho más grandes de lo que generalmente se piensa** (RANKE, 1986, p. 60, grifos nossos).

O conceito de progresso, portanto, não é aplicável a todas as coisas: não é aplicável a todas as épocas; não é aplicável às criações do engenho (arte, poesia, ciência, o próprio Estado; os verdadeiros frutos de uma criação são independentes de uma relação cronológica de antes x depois); não é aplicável à existência individual moral ou religiosa. Há que se admitir um progresso no que se refere ao conhecimento e domínio da natureza; sendo assim, o conceito de progresso é aplicável nas relações do homem com a ordem material e na aplicação das ciências exatas, assim como a incorporação da ideia de humanidade em certas nações ou indivíduos (ideia de "expansão") (RANKE, 1986, p. 61-63).

No ponto de vista das ciências do espírito, na historiografia e na política, não há que se falar em progresso (observa Ranke o constante retorno dos intelectuais às fontes antigas).

Longe de acreditar ingenuamente na objetividade, Ranke também escreveu sobre a relação entre a história e a política. Para ele, não cabiam dúvidas de que existe uma afinidade entre história e política, entre o que oferece o passado e o que faremos no presente; devemos é discutir que tipo de relação seria essa.

A missão da história, pensava o historiador, não é meramente reunir fatos, mas *compreendê-los e explicá-los*; a obra do historiador não é mera memória, é uma construção que exige inteligência. A missão do historiador tem outros componentes mais difíceis: observar as causas dos sucessos e suas premissas, os resultados e os efeitos, discernir as ações dos homens que têm sucesso ou fraquejam. A ciência natural não se contenta em estudar as formas dos seres naturais e aspira alto em conhecer as leis eternas que regem o universo; a história, por sua vez, não apenas quer estudar a sucessão dos acontecimentos com precisão e restituir a cada época seu valor, mas também investigar os começos e penetrar nas íntimas palpitações da vida da humanidade (RANKE, 1986, p. 510-511). Nesse sentido:

> En efecto, como la historia, por su misma naturaleza, se ve obligada a rechazar todo lo que sean invenciones de la fantasía o sombras fantasmales, para admitir solamente lo absolutamente seguro y cierto, necesita tanto de la mesura como de la audacia de espíritu, el cual deberá, por una parte, investigar el detalle con el mayor cuidado y procurando rehuir concienzudamente los errores, per sin que, por otra parte, se disipe en la variedad multiforme de las cosas y pierda de vista la meta final, de la que jamás debe apartar el ojo (RANKE, 1986, p. 511).

O método do historiador oferecido a partir de Ranke é rigoroso, mas oferece o "deleite infinito" de adentrar na medula mesma do espírito humano por meio de seus acontecimentos e observação dos fundamentos das coisas e ações humanas.

Por sua vez, continua Ranke, a missão da política é o governo dos estados, através do qual podemos compreender a continuidade da vida atribuída à espécie humana; o homem, bem como o Estado, é reconhecido por seus efeitos e resultados. É certo que cada estado e povo se move dentro de marcos próprios (leis, costumes, instituições), tendo cada um seu caráter específico, próprio e distinto, inclusive no que tange a suas relações com os

demais. O conhecimento do Estado parece essencial para a boa governança do mesmo (RANKE, 1986, p. 513). Existem, portanto, relações entre ambos a serem identificadas. Em primeiro lugar, existe um fundamento comum: tanto a política quanto a história se fundam e se fazem a partir do conhecimento do Estado, de seu povo e das épocas que se passaram, uma vez que,

> (...) nos damos cuenta de que la **misión de la historia consisten en poner de manifiesto y hacer comprender la naturaleza del estado** a la luz de los acaecimiento del pesado, y la de **la política en desarrollarla y perfeccionarla, después de conocerla y comprenderla bien**. El conocimiento del pesado es siempre imperfecto sin el del presente; del mismo modo que es imposible entender bien el presente sin conocer el pesado. Una y otra cosa se dan la mano, sin que ninguna de las dos pueda existir, o por lo menos llegar a ser perfecta, sin la otra. No se crea, sin embargo, que yo soy de los que piensan que no puede haber nada nuevo bajo el sol. Sabemos por experiencia que, por ser la naturaleza humana propensa al error, las cosas humanas tienden fácilmente a empeorar y no a mejorar (RANKE, 1986, p. 514, grifos nossos).

Como ciência, a história se dedica ao passado, a política ao presente, mas guardam uma íntima relação. Suas maiores diferenças não são científicas, mas artísticas – nada mais diferente da caricatura objetivista de Ranke! – : a literatura da história consiste em revisitar e fazer ver de novo como ocorreram sucessos e enganos dos homens do passado, enquanto a política é toda voltada para a ação e aspira manter os homens unidos pelos meios do Estado e preservar a paz pela sabedoria das leis (guardam, como artes, a mesma diferença entre uma filosofia teórica e uma filosofia prática; a história *conserva*, a outra *cria algo novo*). O historiador, assim como o político, deve conhecer intimamente o "corpo" da sociedade humana e do estado. Revide-se o ataque daqueles que não enxergam nenhuma afinidade e lembre-se que a história não se sobrepõe à política, não força os homens do presente a agirem de acordo com as prescrições e lições do passado.

Outra diferença entre elas é que a história é, "por natureza", uma disciplina que tende para o universal, enquanto a política versa sempre sobre um Estado concreto e singular, dedicando-se ao proveito desse (o historiador não deve se dedicar apenas a um ponto em particular do mesmo modo que um governante não deve ser megalômano a ponto de crer que pode governar todo o universo). O maior erro dos filósofos do século XVIII, afirma Ranke, é justamente o de tentarem desenvolver, a partir da história, doutrinas

políticas universais para governar todos os estados, povos e coisas: levados por essa ideia, muitos criaram empresas para destruir tudo que se relacionava com o passado e rumar para o novo e inédito, ou um retorno à idade do ouro mítica. Sendo assim, deixemos mais uma vez Ranke, tão poucas vezes lido no Brasil, ter a palavra:

> Pero la historia nos enseña que cada época tiene sus propios defectos y abriga su peculiar capacidad para la virtud, y al enseñarnos esto, nos enseña que no tenemos razones para dejarnos llevar de la desesperación ni para encastillarnos en el orgullo o en la soberbia. Y otra cosa aprendemos de ella, a saber: que a cada época, a la nuestra como a todas le está trazada y señalada su propia misión, siendo deber de los hombres que en ella viven ayudarla a que la cumpla del mejor modo posible. Finalmente, la historia nos enseña que las cosas humanas no están regidas por un destino ciego e inexorable ni guiadas por ninguna clase de fantasmagorías, sino que son llevadas siempre a buen término por la virtud, la inteligencia y la sabiduría de los hombres. Esta es la ciencia que deben albergar en su espíritu quienes bien a las aulas a aprenderla, la ciencia por cuyo camino nos ordenan marchar, de consuno, la patria, el ejemplo de la Antigüedad y de los nuevos tiempos y la misma naturaleza y necesidad de las cosas (RANKE, 1986, p. 517).

O verdadeiro historiador rankeano só surge se presentes duas condições. A primeira delas é o gozo e a fruição do concreto como tal, sentindo simpatia pelo homem, pela humanidade e as características de cada época, pela realidade viva de cada período, sem se preocupar com o progresso de todas as coisas em conexão. A segunda delas é o olhar geral: o estudo dos detalhes do concreto lhe permite revelar a imagem do todo (RANKE, 1986, p. 518-520). O historiador é capaz de enxergar a marcha das coisas e do mundo, mas não com relação a conceitos gerais da abstração que imperam nesta ou em outra época. O historiador deve analisar as lutas das potências históricas, particularmente nos povos e agentes históricos que apresentam papel ativo no maior cenário da história e das relações com os demais.

4 Considerações finais

Retomamos os serviços prestados a Ranke para todo o método historiográfico moderno – e, segundo pensamos, lições que os historiadores do direito no Brasil ainda precisam ter em mente para o desenvolvimento dessa área.

Ranke não foi um apologeta da objetividade, mas de uma espécie de amor à verdade, que se encontra no evento (estado momentâneo da coisa ou ser que queremos conhecer) – isso não faz dele um positivista, como não faria com Droysen, Marx ou mesmo Bloch. O *evento* é uma categoria ontológica: é o essencialmente transitório, fugaz, o que ocorreu e já passou, que exige um esforço de compreensão do historiador posterior que a investiga. Sendo assim, é um amor à verdade humana, incompleta e imperfeita. O fato não é algo a ser produzido, é um evento a ser analisado por meio de contundente pesquisa empírica. A Investigação documental, pormenorizada e aprofundada, é um dos pilares do trabalho do historiador rankeano, primeiro dedicada ao fenômeno e tudo que o cerca, e consequentemente, para o conhecimento de sua essência espiritual, sendo que tal percepção baseia-a na harmonia das leis que atuam no espírito do observador. Não se pode sustentar a tese da dogmática e incondicional defesa de uma objetividade ingênua ou neutralidade casta, uma vez que a investigação se dá na harmonia entre objeto e sujeito. Ranke não foi um relativista ou subjetivista radical. Em sentido semelhante, um "apartidarismo" está presente em sua metodologia: a história universal é manifestada, em regra, por dois partidos opostos, movimento e resistência, e devemos evitar o equívoco de julgarmos o passado a partir da situação atual, pois o homem é falível quando submetido às contingências situadas para além de seu entendimento.

Outro pilar de sua obra historiográfica reside na fundamentação dos nexos causais históricos (que refuta a suposta apologia rankeana da "história dos indivíduos"). Para ele, é verdade que existe uma composição de fatos e causas verdadeiras relacionados entre si; mas a verdade histórica só pode ser revelada temporalmente, com certo distanciamento do historiador. A perspectiva é impensável sem o devido distanciamento: é nesse sentido que pensa em imparcialidade, em um "interesse universal". Ranke claramente não trata apenas da "história batalha" da história política; a imparcialidade, para ele, é um sinônimo de universalidade, um interesse pela totalidade do homem e não apenas por uma de suas partes.

5 Bibliografia

ARAÚJO, André de Melo. "Leopold von Ranke (1795-1886). In: PARADA, Maurício (org.). **Os historiadores clássicos da história**: vol. 2, de Tocqueville a Thompson. Petrópolis: Vozes/PUC-Rio, 2013, p. 73-94.

BENTIVOGLIO, Julio. "Leopold von Ranke"; RANKE, "Sobre o caráter da ciência histórica". In: MALERBA, Jurandir (org.). **Lições da história**: o caminho da ciência no longo século XIX. Rio de Janeiro: FGV, 2010, p. 133-141.

CALDAS, Pedro; MARTINS, Estevão. "Leopold von Ranke (1795-1886)". In: BENTIVOGLIO, Julio; LOPES, Marcos Antônio (orgs.). **A constituição da história como ciência**: de Ranke a Braudel. Petrópolis: Vozes, 2013, p. 13-32.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. "O atual e o inatual em Leopold von Ranke". In: HOLANDA, Sérgio Buarque de (org.). **Ranke**. São Paulo: Ática, 1979.

MATA, Sérgio da. "Ranke reloaded: entre história da historiografia e história universal". **História da historiografia**. Ouro Preto, n. 6, p. 247-251, março/2011.

MEINECKE, Friedrich. **El historicismo y su génesis**. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1982, p. 330-368.

RANKE, Leopold von. "Heródoto e Tucídides". Trad. Francisco Murari Peres. **História da historiografia**. Ouro Preto, n. 6, p. 252-259, março/2011.

RANKE, Leopold von. **Pueblos y Estados em la historia moderna**. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1986, p. 11-33, 57-63, 196-205, 211-231, 310-327, 509-517, 518-520.
RANKE, "Sobre o caráter da ciência histórica". In: MALERBA, Jurandir (org.). **Lições da história**: o caminho da ciência no longo século XIX. Rio de Janeiro: FGV, 2010, p. 141-154.

CASSAÇÃO DO REGISTRO OU DO DIPLOMA DO CANDIDATO SUBSTITUINTE EM CASO DE MÁCULA DAS ELEIÇÕES PELO SUBSTITUÍDO

Aline Boschi Moreira[*]

Palavras-chave: substituição de candidatos; mácula das eleições; cassação.

Resumo: O trabalho tem por objeto de pesquisa a substituição de candidatos eleitorais com vistas a evitar a cassação do registro ou do diploma daquele que é substituído. O problema consiste na possibilidade de aplicar essas sanções ao candidato substituinte quando o substituído pratica atos gravosos suficientes a macular a normalidade do pleito, atingindo a liberdade de voto e a lisura das eleições. Conclui-se, acaso verificadas tais irregularidades no processo eletivo, que a legislação permite seja declarada a inelegibilidade do responsável pelo abuso de poder (candidato substituído) bem como que seja cassado o registro ou o diploma do beneficiário (candidato substituinte). Para verificar a problemática levantada, utilizou-se o método hipotético dedutivo, desenvolvido por meio de pesquisa essencialmente bibliográfica e jurisprudencial.

Keywords: replacement of candidats; taint of elections; repeal.

Abstract: The object of this study is the practice of substituting electoral candidates in order to avoid that the registration or the diploma of the replaced candidate be cancelled. The problem in focus is the possibility to apply these sanctions to the substituent candidate when the replaced one has practiced enough onerous acts as to impair the normality of the polls, harming the freedom of vote and the fairness of the elections. The conclusion reached is that, if verified such irregularities in the electoral process, legislation allows the declaration of ineligibility of the responsible for the abuse (replaced candidate) as well as permits the revocation of the registration or of the diploma of the substituent. To verify

[*] É mestranda pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina – PPGD/UFSC (2014-atual). Bolsista de Pós-Graduação pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – CAPES (2014-atual). Graduada em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC (2009-2013). Graduanda em Administração Empresarial pela Universidade Estadual de Santa Catarina – UDESC (2009-atual). Foi bolsista PIBIC/CNPq (2010-2013). Destaque da Iniciação Científica 2010 pela Universidade Federal de Santa Catarina. Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/3375674173256988.

such hypothesis, the hypothetical deductive method was applied, primarily through research in jurisprudence and in specialized literature.

1 introdução

É comum, durante o período eleitoral, a substituição de candidatos já registrados. Os motivos são diversos, desde substituir pretendentes inelegíveis, falecidos, ou, em sua grande maioria, para evitar cassações de registro de candidatura ou de diploma.

O objeto de estudo do presente trabalho aborda o último caso, em que se alteram as chapas para evitar futuras consequências indesejáveis – a exemplo da perda do mandato. Mais especificamente, situações em que a substituição se dá por abusos gravosos perpetrados pela antiga nominata, a exemplo da compra de votos, da prática de condutas vedadas aos agentes públicos, da utilização indevida de meios de comunicação, de abusos de poder.

O problema reside na possibilidade de aplicação da perda do mandato (cassação do registro ou do diploma) do candidato substituinte quando o substituído pratica atos gravosos suficientes a macular a normalidade do pleito. Questionam-se, igualmente, quais as sanções aplicáveis ao primeiro e ao segundo.

Levanta-se a hipótese de ser possível a cassação da nova chapa caso a mácula não se restrinja às questões pessoais do substituído (como a falta de condição de elegibilidade ou a existência de causa de inelegibilidade), mas quando se exterioriza e atinge a própria liberdade de voto e a lisura das eleições. Em tais casos, as consequências externas devem alcançar a nova chapa beneficiada pelas práticas.

A pesquisa se justifica na medida em que a substituição pode ter como finalidade ocultar práticas ilegais perpetradas pelos predecessores, dando falso ar de regularidade às eleições com os novos candidatos, embora sejam estes favorecidos pela irregularidade. Além disso, apesar da minirreforma de 2013 fixar o prazo limite para a substituição em até 20 (vinte) dias antes do pleito, o regramento não impede que se verifiquem as situações ora narradas, pois o novo artigo somente passou a coibir as alterações das candidaturas

majoritárias horas antes das eleições – fato frequente no cenário eleitoral até a promulgação da nova lei –, permanecendo, todavia, o problema delineado.

A relevância do artigo é demonstrada pela ausência de estudos sobre o objeto de pesquisa, embora, na prática, a Justiça Eleitoral tenha se deparado com acontecimentos importantes. Assim, o trabalho oferece suporte à decisão judicial em matéria pouco debatida.

Para verificar a problemática conjecturada, utiliza-se o método hipotético dedutivo, desenvolvido por meio de pesquisa essencialmente bibliográfica e jurisprudencial.

Com a finalidade de atender aos objetivos da pesquisa, o texto foi dividido em três partes: num primeiro momento, são analisadas as peculiaridades da substituição dos candidatos. Após, a reforma legislativa de 2013. Em seguida, são verificados o problema e a hipótese de pesquisa, trazendo estudos de caso para enriquecer a conclusão a que se chega.

2 Substituição de candidatos e objeto de pesquisa

A substituição de candidatos que concorrem às eleições pelos sistemas majoritário ou proporcional está prevista na Lei n. 9.504/1997 (Lei das Eleições – LE), mais precisamente no artigo 13 e parágrafos. Estabelece o *caput* do dispositivo: "*É facultado ao partido ou coligação substituir candidato que for considerado inelegível, renunciar ou falecer após o termo final do prazo do registro ou, ainda, tiver seu registro indeferido ou cancelado*." (grifo nosso). A substituição acarreta, pois, a mudança do concorrente a cargo eletivo – o candidato substituído – por outro escolhido pelo partido ou pela coligação – o substituto.

A partir da leitura do dispositivo, vê-se que existem cinco hipóteses elencadas para que a substituição seja regular: 1) causa de inelegibilidade verificada; 2) registro indeferido; 3) registro cancelado; 4) falecimento após registro; e 5) renúncia. A inversão da ordem legal se dá para fins didáticos e de melhor compreensão do artigo.

Consistindo em um dos principais casos para a alteração de chapa, a *inelegibilidade* teve aumento de incidência com a promulgação da Lei Complementar n. 135/2010 (Lei da Ficha Limpa). Assim que, após o pedido de registro dos pretensos candidatos, são legitimados para impugnar a candidatura os oponentes, o partido político, a coligação ou o

Ministério Público. Ainda, reconhece-se a possibilidade do Juiz Eleitoral conhecer de ofício tais causas[1].

O dispositivo em comento não exige o trânsito em julgado do indeferimento do registro para que o partido político ou a coligação decida alterar o candidato. Pode ocorrer de a Ação de Impugnação ao Registro de Candidatura (AIRC) se encontrar em grau recursal, em que pese a urgência na tramitação imposta à matéria. Gomes (2014, p. 307), por outro lado, assinala que é preciso decisão final nos respectivos processos a fim de que haja a substituição regular. Malgrado a lei não disponha tal necessidade, é certo que, ante a divergência, é possível valer-se da renúncia, pois que independe de requisitos ou de motivos.

Sendo ínfimas as chances de deferimento do registro de candidatura, embora ainda não se tenha o deslinde do feito até o dia das eleições, é comum, portanto, que se proceda à renúncia do candidato, para que não padeça de irregularidades a alteração.

Afora as causas de inelegibilidade, em que existem impedimentos sobre a pessoa a ser votada, podem ocorrer eventos outros em que o registro seja *indeferido* pelo órgão julgador competente (juízes eleitorais se eleições municipais, Tribunais Regionais Eleitorais se eleições gerais, exceto os presidenciáveis, que serão julgados pelo Tribunal Superior Eleitoral). Como exemplo, tem-se a ausência de condição de elegibilidade e a carência de documento essencial para o pedido de candidatura.

O indeferimento do registro é cenário mais amplo do que a inelegibilidade – que também gera a negativa da pretensão de concorrer a mandato eletivo. Por óbvio, a última hipótese está contida naquela, o que demonstra a inutilidade do artigo prever, inicialmente, espécie e, depois, gênero, sendo o bastante afirmar que a substituição pode se dar em qualquer caso de indeferimento do registro, sem a necessidade de citar o exemplo de candidato ficha-suja. Corroborando o afirmado, o TSE, na Resolução n. 23.405/2014, dispôs ser facultada a substituição de candidato que "[...] tiver seu registro indeferido, *inclusive* por inelegibilidade [...]." (grifo nosso).

Prevê-se, igualmente, o *cancelamento* do registro (que pode ter sido deferido anteriormente quando não averiguadas objeções ao candidato), o qual é anulado por conta

[1] Nesse sentido, *vide* Tribunal Superior Eleitoral, Agravo Regimental em Recurso Extraordinário n. 34.075/RS, Relator: Ministro Fernando Gonçalves, Data de Julgamento: 26/11/2008, Data de Publicação: 26/11/2008.

da expulsão do candidato da grei, em processo que assegure o contraditório e a ampla defesa (artigo 14, *caput* e Parágrafo Único, da LE).

Com clareza, Zílio (2014) e Coneglian (2014) distinguem o indeferimento e o cancelamento do registro: aquele decorre da procedência de Ação de Impugnação ao Registro de Candidatura (AIRC), por conta de irregularidades *a priori* no pedido de registro; já este é consectário da expulsão do candidato do partido político, o que importa a supressão de condição de elegibilidade *a posteriori*.

Ainda, deve-se compreender a expressão cancelamento como sinônima de cassação, pois que diversos artigos utilizam o segundo termo, v. g. artigos 41-A e 73, § 5º, ambos da Lei n. 9.504/1997 e artigo 22, inciso XIV, da Lei Complementar n. 64/1990. Assim, cancela-se o registro pela prática de atos lesivos à normalidade, à igualdade das eleições, ao voto livre, como quando se condena candidato por captação ilícita de sufrágio, por conduta vedada a agente público, por abuso de poder. Passada a diplomação, acaso vencedor, cassa-se o diploma; se antes, o registro.

Tal entendimento parece ser empossado pelo TSE na Resolução n. 23.405/2014 quando dispõe: "Art. 61. É facultado ao partido político ou à coligação substituir candidato que tiver seu registro indeferido, inclusive por inelegibilidade, *cancelado ou cassado*, ou, ainda, que renunciar ou falecer após o termo final do prazo do registro." (grifo nosso). A utilização de conjunção alternativa, ao que indica, confirma que a substituição pode se dar em caso de cancelamento, abrangendo aí o termo cassação quando a lei o empregar.

Motivo outro a ensejar a mudança é o *falecimento* de candidato após o período de registro, que se encerra às 19 horas do dia 5 de julho do ano em que se realizarem as eleições (artigo 11 da LE). Após a minirreforma de 2013, é a única hipótese que não apresenta prazo final, mesmo que a poucos dias do escrutínio. Todavia, fixando termo, Cerqueira e Cerqueira (2014, p. 945) afirmam ser de 24 horas antes da eleição o limite para a mudança da chapa em caso de morte, valendo-se de entendimento do TSE antes de 2013, ainda que sem respaldo legal – posição a que o trabalho não se filia.

Além, recorda a doutrina de que é proibida a substituição de candidato acaso o falecimento ocorra no segundo turno das eleições para a Presidência, sendo chamada a terceira chapa para a disputa, por força do artigo 77, § 4º, da Constituição da República Federativa do Brasil (GOMES, 2014; ZÍLIO, 2014). Porém, respondendo a Consulta n. 14.340/1994, o TSE admitiu a substituição do vice mesmo após o primeiro turno, entendimento que foi criticado por Gomes (2014), a uma, porque a Constituição emprega o termo *candidato* sem distinguir titular e vice; e, a duas, pois a chapa é una e indivisível. Parece, destarte, não ser o entendimento do TSE adequado, uma vez inexistir exceção constitucional.

Finalmente, o dispositivo legal dispõe sobre o simples ato de liberalidade. Sem que sejam elencados motivos para desistir de concorrer ao mandato, o próprio candidato poderá *renunciar* à corrida eleitoral. Muitas vezes o ato não é fruto de desilusões pessoais com a política, trata-se, bem verdade, de estratégia eleitoral. Isso porque, com frequência, a renúncia acoberta irregularidades de candidatura, para evitar a cassação do registro ou do diploma e, não raro, ocorre próximo da data do pleito, na esperança de que os votos que seriam conferidos ao renunciante migrem para quem o substituir.

Analisadas as conjecturas que ensejam a substituição do candidato, cumpre delimitar *o objeto de estudo*. Isso porque não se analisam eventos nos quais o substituído vem a óbito durante o processo eleitoral, nem aqueles cenários em que o registro foi indeferido decorrente das características pessoais do substituído – quando este é analfabeto, não tem a idade mínima exigida para o cargo, tem os direitos políticos suspensos, é ficha-suja, não tem um ano de filiação partidária, tampouco reside na circunscrição que pretende concorrer etc.

Desta forma, a pesquisa põe em foco a substituição em virtude do cancelamento do registro ou da renúncia se, *e apenas quando*, os atos perpetrados pelo candidato substituído desequilibrarem as eleições, isto é: irrelevante tratar-se de característica pessoal/interna do antigo concorrente, sendo necessário que este tenha agido de modo a beneficiar-se ilicitamente nas eleições e a macular o pleito.

3 Mini reforma eleitoral e novo prazo para substituição

Esclarecido ponto nevrálgico, passa-se ao estudo da Lei n. 12.891, de 11 de dezembro de 2013, que previu, entre outros arranjos, novo prazo limite para a substituição

dos candidatos. A minirreforma, contudo, só será eficaz para as eleições de 2016[2], forte no artigo 16 da Constituição da República Federativa do Brasil, que prevê a anterioridade anual das leis tendentes a alterar o processo das eleições.

O antigo § 3º do artigo 13 da Lei das Eleições (LE) assim dispunha sobre o termo final para a substituição de candidatura: "*Nas eleições proporcionais, a substituição só se efetivará se o novo pedido for apresentado até sessenta dias antes do pleito*" (grifo nosso).

Em se tratando do único dispositivo que fixasse algum prazo, a lógica permitia concluir que, nas eleições pelo sistema *majoritário* (Prefeito, Governador, Senador e Presidente), era efetiva a substituição cujo pedido fosse apresentado em qualquer período da corrida eleitoral, mesmo horas antes dos eleitores irem às urnas. Ora, se o § 3º estabelece o termo final de sessenta dias para substituição nas eleições proporcionais, é defensável sustentar que inexiste limite nas majoritárias – posicionamento então sedimentado na jurisprudência. E isso sucedeu até 2014, não sendo esporádicas as notícias que informavam a alteração de candidato à chapa majoritária a poucos dias da votação.

Importante complementar que, em tais situações, a foto e o nome não podem ser modificados após a lacração da urna, que ocorre cerca de um mês antes do escrutínio, permanecendo no sistema as informações do substituído, e não do substituto. Por essas razões, deve a autoridade competente da Justiça Eleitoral proceder à informação da mudança de candidatos, especialmente na forma de cartazes nas seções eleitorais, conforme determina o artigo 61, § 5º, da Resolução n. 23.405/2014.

Com a reforma eleitoral de 2013, porém, tem-se a reformulação do §3º do artigo 13 da LE, nos seguintes termos: "*Tanto nas eleições majoritárias como nas proporcionais, a substituição só se efetivará se o novo pedido for apresentado até 20 (vinte) dias antes do pleito, exceto em caso de falecimento de candidato, quando a substituição poderá ser efetivada após esse prazo*" (grifo nosso).

Os prazos, a contar da próxima eleição, foram unificados, tendo como termo final para protocolar o pedido de substituição vinte dias antes do pleito, tanto para as eleições pelo sistema majoritário, quanto pelo proporcional.

[2] Na Consulta n. 100.075/DF protocolizada perante o Tribunal Superior Eleitoral, a autoridade consulente questionou se a Lei Federal n. 12.891/2013 seria aplicada nas eleições gerais de 2014, ao que a Corte Eleitoral respondeu negativamente, julgando, por maioria de votos, prejudicadas as demais indagações.

Pecou o legislador, contudo, em não unificar o prazo de substituição (de até 20 dias antes do pleito) com o de fechamento das urnas (de 30 dias antes das eleições). Desta forma, se utilizado o direito de substituição até as vésperas do 21º dia que antecede o pleito, as identificações do substituído permanecerão nas urnas, vez que já lacradas.

Dessarte, críticas pertinentes são feitas ao novel dispositivo: em primeiro lugar, as eleições proporcionais terão, a partir de 2016, o prazo minorado para substituição – de até 60 dias para até 20 dias antes do pleito; e, em segundo lugar, a minirreforma não resolveu a fraude eleitoral, pois as informações dos substituídos podem não ser alteradas, uma vez que não é possível mexer nos programas das urnas até 30 dias antes do pleito (CERQUEIRA; CERQUEIRA, 2014, p. 946).

Apesar disso, é certo que houve certas melhorias em se tratando da substituição de última hora nas eleições pelo sistema majoritário – em que inexistia prazo limite fixado por lei. De toda forma, o problema das alterações de candidaturas que perpetraram atos ilícitos resta mantido.

Não se pode esperar que, pelo simples fato de o candidato ser substituído até vinte dias antes das eleições, o substituto não se beneficiará dali para frente pelos atos ilegais do predecessor. Do contrário, seria possível imaginar caso extremo, em que candidato registrado concorre única e exclusivamente para levar a cabo inúmeras práticas abusivas e, mesmo processado e condenado judicialmente, renuncia a candidatura ao sucessor, isento de impedimentos, que assume a corrida dali para frente sem avocar as responsabilidades, apenas as vantagens. É o que se procura elucidar em seguida.

4 Cassação do substituto pelas irregularidades praticadas pelo candidato substituído

A seção analisa a possibilidade de se cassar o registro ou o diploma de candidato que assumiu o lugar do predecessor em decorrência de substituição, sendo beneficiado pelos atos ilícitos empreendidos pelo substituído na corrida eleitoral.

Com vistas a facilitar a visualização prática da matéria, trazem-se como base os episódios ocorridos numa cidade de Santa Catarina, nas eleições majoritárias municipais de 2012. Devido ao fato de o processo ainda tramitar perante a corte superior eleitoral, e para não incorrer em pré-julgamentos dos atos supostamente perpetrados, pendentes de

confirmação, serão utilizados personagens fictícios e, também, serão alterados alguns dados.

A chapa majoritária que concorreu à Prefeitura do município era composta por José e Carlos, candidatos a Prefeito e a Vice, respectivamente. No dia 06 de outubro de 2012, um dia antes das eleições, José renunciou à disputa e foi substituído por Carlos, que passou a concorrer para Prefeito; a chapa foi completada por Ana como aspirante a Vice. Apurados os votos no dia 07 de outubro, a nova chapa consagrou-se vencedora.

Consta nos autos da Ação de Investigação Judicial Eleitoral (AIJE) instaurada que, no início de outubro, o candidato a Prefeito José e mais dois candidatos a Vereador ofereceram determinada quantia aos alunos da escola de educação básica do município em troca de votos, incorrendo em abuso de poder econômico (artigo 22, *caput*, da LC 64/1990) por captação ilícita de sufrágio (artigo 41-A da LE). Tanto o Juiz Eleitoral quanto o Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina (TRE/SC) reconheceram a consumação do abuso pelos Vereadores e pelo candidato substituído, estando pendente de apreciação o recurso especial interposto. Quanto a Carlos e a Ana, não se demonstrou envolvimento com a ação.

Supondo que a decisão transite em julgado nos exatos termos acima, seguem-se alguns questionamentos:

1) existem/quais as sanções que podem ser cominadas a José;

2) existem/quais as sanções que podem ser cominadas à chapa formada por Carlos e Ana; e

3) a minirreforma de 2013, que estipula a substituição da chapa até vinte dias antes das eleições, alteraria a conclusão se promulgada e vigente à época?

Verificando a primeira indagação, é defensável sustentar que, em se tratando do rito da AIJE para a apuração de prática abusiva, o candidato José poderá ser declarado inelegível, com base no artigo 22, *caput* e inciso XIV, primeira parte, da Lei Complementar n. 64/1990 (grifo nosso):

> Art. 22. Qualquer partido político, coligação, candidato ou Ministério Público Eleitoral poderá representar à Justiça Eleitoral, diretamente ao Corregedor-Geral ou Regional, relatando fatos e indicando provas, indícios e circunstâncias e pedir *abertura de investigação judicial para apurar* uso indevido, desvio ou *abuso do poder econômico* ou do poder de autoridade, ou utilização indevida de veículos ou meios de comunicação social, em benefício de candidato ou de partido político, obedecido o seguinte rito:

> [...]
> XIV – julgada procedente a representação, ainda que após a proclamação dos eleitos, *o Tribunal declarará a inelegibilidade do representado e de quantos hajam contribuído para a prática do ato, cominando-lhes sanção de inelegibilidade para as eleições a se realizarem nos 8 (oito) anos subsequentes à eleição em que se verificou* [...];

A problemática no tocante a José não gera maiores questionamentos, porquanto é o agente da conduta abusiva perpetrada, sendo expressa a inelegibilidade do infrator no dispositivo legal (ALMEIDA, 2014).

Agora, ao segundo questionamento.

Pergunta-se se existem e, em respondendo afirmativamente, quais seriam as sanções à chapa formada por Carlos e Ana. Para iniciar a averiguação, cita-se a parte final do artigo 22, inciso XIV, da LC 64/1990 (grifo nosso):

> [...] *além da cassação do registro ou diploma do candidato diretamente beneficiado pela interferê*ncia do poder econômico ou pelo desvio ou abuso do poder de autoridade ou dos meios de comunicação, determinando a remessa dos autos ao Ministério Público Eleitoral, para instauração de processo disciplinar, se for o caso, e de ação penal, ordenando quaisquer outras providências que a espécie comportar;

Do excerto, extrai-se que a legislação eleitoral admite a cassação do registro ou do diploma do candidato que seja beneficiado pelo abuso de poder econômico, de autoridade, político e dos meios de comunicação, ainda que não seja quem tenha praticado a conduta de forma direta ou indireta.

A parte final do dispositivo nem sequer prevê que o beneficiário conheça o ilícito cometido, bastando a gravidade das circunstâncias para desequilibrar as eleições. Corroborando, segundo Zílio (2014, p. 517), despicienda a responsabilidade subjetiva para aplicar essa sanção, sendo suficiente a prova de favorecimento pelo abuso[3].

Indefensável, por outro lado, a declaração de inelegibilidade para as eleições que se realizarem nos oito anos subsequentes, vez que os substituintes não contribuíram para a prática do ato.

Posto assim, somente é possível cassar o registro, ou o diploma (se vencedor), dos substitutos quando beneficiários de práticas graves o suficiente para influir na normalidade

[3] Da mesma forma, julga o Tribunal Superior Eleitoral: "Ação de investigação judicial eleitoral. Abuso de poder. [...] 3. Na apuração de abuso de poder, não se indaga se houve responsabilidade, participação ou anuência do candidato, mas sim se o fato o beneficiou, o que teria ocorrido na espécie, segundo o Tribunal *a quo*. Agravo regimental não provido" (TSE, 2011).

do pleito. Na situação ora narrada, a captação ilícita de sufrágio é entendida como abuso de poder econômico, mas imperioso averiguar a gravidade da conduta caso a caso. Desnecessário, todavia, perquirir a potencialidade do fato mudar o resultado das urnas, pois a exigência foi afastada pela Lei da Ficha Limpa ante a dificuldade do cálculo matemático.

O cancelamento do registro ou a cassação do diploma são consequências da constatação de que não se purifica a eleição com a simples mudança da nominata, uma vez que pode haver a migração dos votos. Nesse sentido, julgou, por maioria, o Tribunal Regional Eleitoral de Santa Catarina, no acórdão n. 28.752, cuja passagem se transcreve: "Se um candidato, volto ao exemplo, ficha-suja renuncia, pode-se cogitar (ao menos os mais crédulos acreditarão nisso) que haverá uma purificação da chapa. A corrupção eleitoral tem outro perfil, como já dito. O aliciamento havido não é personalíssimo".

Com isso, não se quer sustentar tratar-se de cassação reflexa, a qual ocorre quando um membro tem seu registro cancelado e, por conta da indivisibilidade da chapa, o outro candidato não pode assumir o cargo – como quando Prefeito tem o diploma cassado e o Vice não pode assumir. Situação diversa é a presente, em que se admite a formação de uma nova chapa com o substituto, mas que teve vantagens daquela anterior.

E tanto mais benefícios quanto mais proximidade entre o substituto e o substituído (no caso, o candidato a Vice substituiu o Prefeito, outras vezes, altera-se por um parente ou pelo cônjuge[4]); quanto mais impactantes as ações – a compra de votos de toda uma turma num município pequeno; e quão mais próximo do pleito (poucas horas antes dos eleitores irem às urnas).

A iminência das eleições como uma das circunstâncias para a apuração do benefício do substituto repercute na minirreforma de 2013, que previu, entre outros dispositivos, o prazo limite de 20 dias antes das votações para o pedido de substituição de candidatos.

Adentra-se, pois, no último questionamento da pesquisa: se a reforma legislativa de 2013 alteraria a conclusão do resultado.

[4] Com o objetivo de facilitar o arrastamento do voto, não raro os substitutos são parentes do substituído, como ocorreu em 2010 nas eleições para governador de Brasília, embora o caso tratasse de renúncia por inelegibilidade.

A uma primeira vista, é notório que o novo artigo embaraça a migração dos votos e a transpersonalização do abuso eleitoral, pois o elemento surpresa e a confusão do eleitorado são menores. A permuta um dia antes do escrutínio opera maior alarde do que a com quase três semanas de antecedência. Por outro lado, seja em período exíguo ou naquele previsto na minirreforma, em ambos os casos é proibido inserir as informações do substituto nas urnas, pois que lacradas cerca de um mês antes do escrutínio.

Embora a alteração legal, em si, não impeça o benefício do substituto, porquanto a intenção tenha sido a de barrar as mudanças na nominata majoritária de última hora, é certo que ela coíbe indiretamente a vantagem eleitoral. Nesse sentido, para a materialização do proveito, os demais requisitos (gravidade e proximidade) devem constranger sobremaneira a normalidade das eleições e a igualdade entre os candidatos, o que se torna mais raro de ocorrer na prática.

5 Considerações finais

A temática da pesquisa diz respeito à substituição de candidato eleitoral para evitar a cassação do registro ou do diploma pela prática de condutas abusivas. Malgrado a mudança de composição da chapa – com a saída do agente que pratica ilícitos eleitorais – possa dar falsos ares de regularidade à nova nominata, sustenta-se que os substitutos poderão ter decretada a perda do mandato (se vencedores).

Para melhor compreender a temática, a pesquisa enveredou pelo conceito e pelas hipóteses de substituição de candidaturas. Quanto ao primeiro ponto, trata-se da exclusão de concorrente a mandato eletivo (o candidato substituído) e da inclusão de outro (o substituto), que passa a pleitear o cargo dali em diante. Em seguida, observou-se que a legislação eleitoral prevê cinco situações nas quais a prática é autorizada: causa de inelegibilidade; registro indeferido; cancelamento de registro; falecimento após o registro; e renúncia.

Delimitando o objeto de estudo, esclareceu-se que não foram analisados os eventos nos quais o substituído vem a óbito durante o processo eleitoral, nem aqueles cenários em que o registro foi indeferido decorrente de suas características pessoais – quando este é

analfabeto, não tem a idade mínima exigida para o cargo, é ficha-suja etc. Isto é: focou-se a substituição em virtude do cancelamento do registro ou da renúncia se, *e apenas quando*, os atos perpetrados pelo candidato substituído desequilibrarem as eleições.

Ainda, deu-se especial atenção à minirreforma da Lei n. 12.891/2013, cuja eficácia terá início no processo eleitoral de 2016. Nela, o § 3º do artigo 13 da Lei das Eleições estipulou, finamente, data limite de substituição de candidatos nas eleições pelo sistema majoritário (que agora é de 20 dias antes da eleição), período igual ao novo prazo do sistema proporcional.

Todavia, pecou o legislador em não unificar o termo final de substituição com o de lacre das urnas (um mês antes das eleições), fazendo com que as informações do substituído, ao invés das do novo candidato, permaneçam no sistema, vez que não é possível alterá-las após o fechamento das urnas. Apesar disso, é certo que houve melhoria em impedir a substituição de última hora nas eleições majoritárias, mas o problema das alterações de candidaturas que perpetraram atos ilícitos resta mantido, ainda que futura reforma unifique ambos os prazos.

Isso posto, procedeu-se à análise de caso prático a fim de problematizar a temática. Na situação exposta, o candidato a Prefeito renunciou um dia antes das eleições e foi substituído pelo seu Vice, que passou a concorrer ao cargo titular, completando-se a nominata com a inclusão de terceiro. Embora a chapa tenha vencido o pleito, protocolizou-se Ação de Investigação Judicial Eleitoral em que ficou caracterizado o cometimento de abuso de poder econômico pelo candidato substituído. A partir daí, formularam-se os seguintes questionamentos:

1) existem/quais as sanções que podem ser cominadas ao substituído;

2) existem/quais as sanções que podem ser cominadas à nova chapa; e

3) a minirreforma de 2013 alteraria a conclusão se promulgada e vigente à época?

Tendo por fundamento jurídico o artigo 22, *caput* e inciso XIV, da Lei Complementar n. 64/1990, chegou-se à conclusão de que o candidato substituído poderá ser declarado inelegível por ser agente da conduta abusiva perpetrada.

Por outro lado, a nova chapa não será declarada inelegível, mas poderá, se comprovado o benefício eleitoral, sofrer a cassação do registro ou do diploma. Tais sanções incidem pela constatação de que não se purifica a eleição com a simples mudança da

nominata, havendo a migração dos votos e a vantagem eleitoral. E tanto mais benefícios quanto mais proximidade entre o substituto e o substituído, quanto mais impactantes os abusos e quão mais próximo do pleito suceder a alteração.

Esse último tópico repercute na minirreforma de 2013, que embaraça a migração dos votos, pois minora o elemento surpresa. Ora, a permuta um dia antes do escrutínio gera maiores confusões do que a com quase três semanas de antecedência. Por outro lado, mesmo com o novo prazo definido, é impossível colocar as informações do substituto nas urnas após seu fechamento e lacre.

Destarte, mesmo que a reforma legislativa não impeça o favorecimento do candidato substituto, seu efeito secundário diminui a vantagem eleitoral. Logo, para a materialização do proveito e para a cassação do registro (ou do diploma, caso vitoriosos) dos novos candidatos, os requisitos gravidade e proximidade devem figurar aviltantes a ponto de constranger a lisura das eleições.

6 Referências bibliográficas

ALMEIDA, Roberto Moreira. **Curso de Direito Eleitoral: de acordo com as Leis nº 12.875/13 e 12.891/13.** 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

BRASIL. Constituição (1988). ***Vade Mecum***: Legislação selecionada para OAB e Concursos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Lei Federal nº. 4.737, de 15 de julho de 1965**. *Vade Mecum*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Lei Federal nº. 9.096, de 19 de setembro de 1995**. *Vade Mecum*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Lei Federal nº. 9.504, de 30 de setembro de 1997**. Vade Mecum. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. ***Agravo Regimental em Recurso Extraordinário n. 34.075/RS***, Relator: Ministro Fernando Gonçalves, Data de Julgamento: 26/11/2008, Data de Publicação: 26/11/2008.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. **Agravo Regimental em Recurso Ordinário n. 97.917/PA**, Relator: Ministro Aldir Guimarães Passarinho Júnior, Data de Julgamento: 05/10/2010, Data de Publicação: Publicado em Sessão, Data 05/10/2010.

_____ . Tribunal Superior Eleitoral. **Agravo Regimental em Recurso Especial n. 38.881-28**, Relator: Ministro Arnaldo Versiani, Data de Julgamento: 17/02/2011.

_____ . Tribunal Superior Eleitoral. **Resolução n. 14.340/1994**, Relator: Ministro Torquato Jardim, Data de Julgamento: 12/05/1994. Disponível em: <http://temasselecionados.tse.gov.br>. Acesso em: 30 de abril de 2015.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. **Consulta n. 100.075/DF**, Relator: Ministro João Otávio De Noronha, Data de Julgamento: 24/06/2014, Data de Publicação: Diário de justiça eletrônico, Tomo 162, 01/09/2014, p. 322-323.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. **Resolução n. 23.405/2014**. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/eleicoes/eleicoes-2014/normas-e-documentacoes/resolucao-no-23.405>. Acesso em: 30 de abril de 2015.

CERQUEIRA, Thales Tácito; CERQUEIRA, Camila Albuquerque. **Direito eleitoral esquematizado.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CONEGLIAN, Olivar. **Eleições 2014**: radiografia da Lei 9.504/1997. 8. ed. Curitiba: Juruá, 2014.

GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SANTA CATARINA, Tribunal Regional Eleitoral de SC. **Recurso Eleitoral n. 631-84**, Relator designado: Juiz Hélio do Vale Pereira, Data de Julgamento: 07/10/2013, Data de Publicação: Diário de justiça eletrônico, Tomo 196, Data 14/10/2013, p. 4-5.

ZÍLIO, Rodrigo. **Direito Eleitoral**: noções preliminares, elegibilidade e inelegibilidade, processo eleitoral (da convenção à diplomação), ações eleitorais. 4. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2014.

CONHECIMENTOS TRADICIONAIS E A JUSTA REPARTIÇÃO DOS BENEFÍCIOS: REFLEXÕES A PARTIR DE UMA EXPERIÊNCIA ACADÊMICA

Eduardo Mendes de Sousa[*]
Rosivane de Souza Mendes[**]

Palavras-chave: Direito ambiental; populações tradicionais; conhecimentos tradicionais; democracia.

Resumo: O artigo tem por objetivo apresentar reflexões sobre conhecimentos tradicionais e a justa repartição dos benefícios gerados por eles, bem como sobre a legislação brasileira a respeito do tema. Considerando as características de um Estado Democrático, reforça o entendimento que a justa repartição dos benefícios representa acesso a justiça social, pois garante aos verdadeiros proprietários uma cota parte dos lucros obtidos pela comercialização de produtos ou de serviços gerados a partir deles. Trazendo o tema à concretude da efetividade legal, o artigo apresenta experiências acadêmicas que demonstram porque os conhecimentos tradicionais são extremamente valiosos: palestras viabilizadas por professora de Direito Ambiental sobre um caso concreto de repartição de benefícios (o das erveiras do Mercado do Ver-o-Peso – Belém/PA) e sobre o povo amazônico Guarani/Terena (informações reveladas por um membro da liderança da aldeia Jaguapirú/Kaiowá). A pesquisa apresentada tem perspectiva interdisciplinar, cuja metodologia utilizada foi predominantemente qualitativa, constando ainda abordagens quantitativa, bibliográfica e documental. O trabalho tem como principal método de pesquisa a observação acadêmica, realizada durante as aulas de Direito Ambiental e nas atividades extracurriculares onde foram discutidos aspectos jurídicos relativos à justa repartição dos benefícios gerados pela utilização de conhecimentos tradicionais. O artigo conclui que a legislação brasileira precisa virar verdade, indicando que os instrumentos jurídicos precisam ser ajustados com o fim de garantir os direitos de populações tradicionais, o que perpassa pela aplicação de conceitos de outras áreas do conhecimento científico, especialmente antropológicos.

[*] Acadêmico do 5º ano do curso de Direito na Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR).
[**] Servidora Efetiva do MP do Pará. Mestre em Planejamento do Desenvolvimento pelo Núcleo de Altos Estudos Amazônicos (NAEA/UFPA). Especialista em Gestão Governamental e pós-graduada em Direito Agrário. Cientista Política. Bela. em Direito. Pós-graduanda do curso de Especialização em Direito do Estado. Currículo Lattes acessível no link http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K4758410E6

Keywords: Environmental law; traditional peoples; traditional knowledge; democracy.

Abstract: The paper aims to present reflections on traditional knowledge and the fair distribution of the benefits generated by them, as well as about the Brazilian legislation on the subject. Considering the characteristics of a democratic State, reinforces the understanding that a fair distribution of benefits represents access to social justice, because it ensures the true owners a share of the profits obtained by the sale of products or services generated from them. Bringing the theme to the concreteness of legal effectiveness, the article presents academic experiences that demonstrate why traditional knowledge are extremely valuable: lectures delivered by Professor of environmental law on a concrete case of benefits ' sharing (healers of the market Ver-o-Peso – Belém/PA) and about the Amazonian people Guarani/Terena (information revealed by a member of the leadership of the village Jaguapirú/Kaiowá). The research presented is interdisciplinary perspective, whose methodology was qualitative, consisting predominantly quantitative approaches still, bibliographical and documentary. The main method used was the scholarly observation, held during school of environmental law and in extracurricular activities where legal aspects were discussed regarding the fair distribution of the benefits generated by the use of traditional knowledge. The article concludes that the Brazilian legislation needs to be true, indicating that the legal instruments need to be adjusted in order to guarantee the rights of traditional peoples, what pervades by applying concepts from other areas of scientific knowledge, especially anthropology.

1 Introdução

As primeiras aulas de Direito Ambiental podem causar espanto, não em razão do conteúdo da disciplina, uma vez que são ministradas por profissionais competentes, mas pela reação de alguns acadêmicos do curso de Direito frente ao conteúdo jurídico

ambiental. Ao iniciar a disciplina, um dos autores deste artigo observou que um dos estudantes fez o seguinte questionamento: *"Professora! Por que 'esse pessoal' do Direito Ambiental é tão estranho, esquisito!?"*, afirmando em seguida:*"Isso faz com que eu não goste desse ramo do Direito!"*, referindo-se a "esquisitice" daqueles que atuam na seara ambiental.

A professora surpreendeu ao responder, de forma carinhosa, o seguinte: "*Então! Eu sou estranha pra você!?"*. A situação provocou uma discussão sobre o assunto, sendo lançado um desafio aos acadêmicos: de dedicação aos estudos sobre questões ambientais tratadas no Direito. A professora garantiu que ao final da disciplina haveria a constatação de que não há nada de esquisito com o "pessoal do direito ambiental".

O estudo do Direito Ambiental é forçosamente interdisciplinar, pois não é possível a realização de análises sobre o meio ambiente apenas sobre o enfoque jurídico. A preocupação ambiental deve ser pautada no interesse social de se alcançar a correta relação entre o uso dos recursos naturais e a preservação do ecossistema. Entende-se que somente com o equilíbrio dessa relação é possível a garantia de existência das futuras gerações. No campo jurídico, o equilíbrio depende do estabelecimento de regras legais eficazes, no sentido de que a Justiça seja garantida tanto na relação *homem x homem* quanto na relação *homem x natureza*.

O Direito brasileiro disciplina a temática ambiental em várias questões, dentre as quais está os conhecimentos produzidos por populações tradicionais. O uso de tais conhecimentos gera lucro a quem fabrica produtos ou fornece serviços gerados a partir da utilização deles, o quê significa uso de propriedade intelectual.

Considerando as características do Estado Democrático é preciso que se efetive a justa repartição dos benefícios gerados com o uso de conhecimentos tradicionais, garantindo-se aos proprietários a cota parte dos lucros obtidos pela comercialização de produtos ou de serviços gerados por conta da utilização desses conhecimentos. Assim, o artigo discute a temática apresentando esta introdução, três tópicos e as considerações finais.

O primeiro tópico traz os aspectos jurídicos do Direito Ambiental sobre a matéria. No segundo consta a relação das populações tradicionais na democracia brasileira, no qual é refletida a falta de participação dos atores interessados nos processos decisórios. No terceiro há o registro de experiência acadêmica sobre conhecimentos tradicionais,

apresentando-se os registros de 02 momentos vivenciados na disciplina Direito Ambiental: 1) palestra na qual foi apresentado um concreto de repartição de benefícios gerados a partir do uso de conhecimentos tradicionais e; 2) palestra sobre os conhecimentos tradicionais dos povos indígenas.

Ao final, são apresentadas considerações finais sobre a pesquisa, que foi realizada com metodologia interdisciplinar conforme indica Santos Filho (2001) aos estudos nas Ciências Sociais, pois o tema determina a utilização de várias áreas do conhecimento científico, o que é fundamentado por teóricos que defendem o pluralismo epistemológico.

Observe-se que nas atividades de pesquisa houve rigor científico conforme prescrito por Ludke e André (2001, p.9), no qual o pesquisador utiliza "toda a sua inteligência, habilidade técnica e uma dose de paixão para temperar (e manter a têmpera!)" e assim concede verdade às informações que vai construindo. Dessa forma, os cuidados metodológicos necessários à segurança das informações constantes neste trabalho foram concretizados, especialmente em razão das fontes utilizadas.

2 Direito ambiental: aspectos jurídicos sobre os conhecimentos tradicionais e a justa repartição dos benefícios

Na contemporaneidade, a preocupação com o meio ambiente guarda relação direta com dois conceitos: desenvolvimento e sustentabilidade. Há muitas legislações que garantem a proteção ambiental, mas sua eficácia não é concreta. Internacionalmente, pouco se avançou, mesmo após a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT (ratificada pelo Brasil em 2002, por meio do Decreto 5051/02), que garantiu a compensação dos danos ambientais quando há prejuízo ambiental.

No Brasil, não faltam instrumentos jurídicos que demonstram a preocupação do Estado com o meio ambiente, dentre as dezenas de leis, destacam-se:

- ✓ Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/81);
- ✓ Código Florestal (Lei 4.771/65, que atualmente regulado pela Lei 12.651/2012);
- ✓ Sistema Nacional de Unidades de Conservação – SNUC (Lei 9.985/00).

Os instrumentos legais disciplinam temas fundamentais à preservação ambiental, bem como garantem os seguintes direitos:

- ✓ *propriedade privada e propriedade rural;*
- ✓ *conhecimentos tradicionais e repartição de benefícios;*
- ✓ *responsabilidade civil e;*
- ✓ *responsabilidade penal*.

A legislação brasileira protege bens materiais e imateriais, incluindo-se como referência legal a Constituição Federal de 1988 (CF/88), que no art. 216, informa que o patrimônio cultural brasileiro é composto de bens materiais e imateriais:

> Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:
> I – as formas de expressão;
> II – os modos de criar, fazer e viver;
> III – as criações científicas, artísticas e tecnológicas;
> IV – as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;
> **V** – os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

O texto constitucional garante que todas as formas de expressão; modos de criar, fazer e viver; e as criações científicas, artísticas e tecnológicas, são patrimônio imaterial dos diferentes grupos sociais. Tal garantia representa um grande avanço em relação ao Decreto-Lei 26/37 (Lei do Tombamento). E após a CF/88, foi instituído Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial, por força do Decreto 3.551/00, que dividiu os livros de registros em 04 espécies: *Dos saberes; Das celebrações, Das formas de expressão e dos lugares*.

Dessa forma, as garantias legais de proteção aos conhecimentos tradicionais são concretas. Contudo, as formalidades burocráticas (previstas nas legislações) dificultam o exercício do direito aos reais proprietários. O representante da liderança indígena Guarani/Terena, Almires Martins Machado, integrante da Aldeia Jaguapirú/Kaiowá (mestre em Direito pela Universidade Federal do Pará), ao proferir palestra sobre conhecimentos tradicionais, que está registrada no item 3 deste artigo, afirmou que *"a legislação transforma os conhecimentos tradicionais em folclore"*. Ao escrever sobre a relação entre a cultura de seu povo e o Direito, Machado (2009, p.127) informa que:

> Para alcançar essa compreensão de vida é preciso ter claro a axiologia da alteridade e não se primar pelo etnocentrismo, mas atentar para o outro que também é sujeito de Direito, como qualquer cidadão brasileiro.
> O indígena não mais espera o direito chegar até ele, mas provoca o Estado para que cumpra as previsões constitucionais e os tratados internacionais do qual o Brasil é signatário.

A criação do conceito jurídico de *bens culturais de natureza imaterial* leva à compreensão da afirmação do líder indígena, uma vez que a legislação garantiu a identificação dos proprietários da produção dos conhecimentos tradicionais. Contudo não garantiu a justa repartição dos benefícios e essa situação gera críticas negativas quanto à participação dos proprietários reais desses conhecimentos nos processos decisórios.

Santilli (2004, p. 341-342), ao discutir os conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade, afirma que eles:

> [...] vão deste desde técnicas de manejo de recursos naturais, métodos de caça e pesca e conhecimentos sobre diversos ecossistemas e sobre propriedades farmacêuticas, alimentícias e agrícolas de espécies e as próprias categorias de classificações de espécies de fauna e flora utilizados pelas populações tradicionais.

É possível constatar, a partir do conceito proposto pela autora[1], que os conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade representam a cultura de uma população em sentido amplo, ou seja, representam sua forma de vida, seus saberes e suas invenções. Da mesma forma é possível concluir que tais conhecimentos têm um potencial econômico altíssimo no sistema capitalista, sendo necessária a garanta de compensação para quem desenvolveu conhecimentos que geram lucros a terceiros.

A discussão sobre os conhecimentos dos povos tradicionais vem sendo ampliada de forma lenta. A Convenção sobre a Diversidade Biológica (CDB), assinada por 175 durante a ECO-92 (também conhecida como Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento – CNUMAD, realizada no Rio de Janeiro, em 1992), e ratificada por 168, foi um verdadeiro divisor de águas quanto aos estudos sobre a biodiversidade, antes fundados em valores científicos, estéticos e de lazer, cujo pensamento predominante era o da preservação absoluta.

[1] Juliana Santilli é promotora de justiça do Ministério Público Federal do Distrito Federal e sócia-fundadora do Instituto Socioambiental.

Em 1998, por meio do Decreto Nº 25.190, o Brasil ratificou a CDB, assumindo o compromisso de cumprir a Agenda 21 (estabelecida na Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Humano, aprovada em Estocolmo em 16 de junho de 1972). A Agenda 21 é um programa de ação com 40 capítulos, indicando aos países quais são os procedimentos que refletem cuidados com o meio ambiente em escala planetária, cujo objetivo é o estabelecimento de um novo padrão de desenvolvimento.

Esse modelo de desenvolvimento se preocupa com a proteção do meio ambiental, visa promover justiça social e, conjuntamente, eficiência econômica. Nesse sentido, a concepção de que os recursos naturais são patrimônio e de que sua utilização deve ser realizada de forma responsável confirma a função social da propriedade.

Por inferência lógica, as populações tradicionais também devem garantir a sustentabilidade do meio ambiente quando do uso de seus conhecimentos. Mas como confirmar esse dever, se o uso de conhecimentos tradicionais é definido por quem não é o real proprietário?

Sobre o dever de cumprimento da função social da propriedade, Moreira (2007, p. 300) afirma que:

> [...] há o entendimento de que como qualquer direito de propriedade, os direitos de propriedade intelectual devem, igualmente, cumprir sua função social, ou seja, devem significar um desenvolvimento sustentável para a nação, abrangendo diversos níveis sociais e respeitando o meio ambiente, tal como os princípios da CDB.

A CDB garantiu a soberania dos Estados no que se refere à liberação do uso dos recursos naturais, bem como admiti a titularidade dos conhecimentos tradicionais às populações que os desenvolveram e a repartição justa e equitativa dos benefícios derivados da utilização dos recursos genéticos.

Sobre a importância da sustentabilidade e do reconhecimento da titularidade dos direitos dos povos tradicionais, destaca-se o entendimento de Moreira (2007, p. 312):

> Importa dizer que essa nova percepção abre o caminho para o debate em torno dos direitos dos povos tradicionais sobre seus conhecimentos tradicionais à biodiversidade, isto é, seu saber-fazer, saber-usar, saber-manusear. Esse novo paradigma dialoga com os países do terceiro mundo, ao tempo em que atende às novas perspectivas de desenvolvimento sustentável. Tal fato gera um paradoxo importante no campo desse direito que emerge: sua efetividade só é possível a partir da inclusão dos povos tradicionais, historicamente situados à margem dos modelos hegemônicos.

A autora[1] deixa claro que a nova concepção trazida pela CDB demonstra a superação da visão chamada de *ecologia profunda*, uma vez que é possível a harmonia do homem com a natureza, havendo exploração dos recursos naturais de forma sustentável. Observa que a sustentabilidade é comprovada na forma de vida dos povos tradicionais.

Moreira (2007) expõe a necessidade de criação de instrumentos jurídicos que garantam a proteção dos direitos daqueles que desenvolveram os conhecimentos tradicionais. Isso implica, necessariamente, em conferir direitos a grupos sociais que foram historicamente discriminados. Tal entendimento é novamente comprovado, pelo fato de não haver representação de comunidades tradicionais e/ou povos indígenas nos fóruns de decisão sobre questões de interesses desses grupos sociais.

De forma igual, no que se refere ao estabelecimento de institutos jurídicos que garantam consulta, há decisões impositivas do poder público, no âmbito das competências institucionais das instituições. Assim, a falta de representação de grupos sociais em processos que os afetam deve ser refletida pelo sistema jurídico, uma vez que o modelo brasileiro de democracia induz que se trata de elemento essencial à garantia de direitos.

3 Populações tradicionais e a democracia brasileira

Na literatura acadêmica informa diversas denominações para o conceito de população tradicional. Nesta análise se apresenta uma das mais utilizadas no meio jurídico, a apresentada por Diegues (1999, p. 03), que indica como populações tradicionais os grupos sociais que produzem um conhecimento especial, percebido como tradição pelos integrantes destas populações: povos indígenas e comunidades locais (caiçaras, açorianos, caipiras, babaçueiros, jangadeiros, pantaneiros, pastoreiros, quilombolas, ribeirinhos, caboclos, sertanejos, pescadores artesanais). O autor esclarece que ainda cabe a inclusão de extrativistas, seringueiros, camponeses, etc.

[1] Eliane Moreira é promotora de justiça (integrante do Ministério Público do Pará) e professora doutora da Universidade Federal do Pará.

A Constituição da República Federativa do Brasil prevê que vivemos em um Estado Democrático de Direito e que a titularidade da soberania é do povo brasileiro, pois o parágrafo único do art. 1º da CF/88 dispõe que *"todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos, ou diretamente, nos termos desta Constituição"*.

A democracia brasileira é representativa, ou seja, o povo escolhe representantes para participarem ativamente da tomada de decisões governamentais. O conceito de democracia é apresentado por Nunes (1993, p. 305) da seguinte forma:

> Regime político originariamente criado em Atenas, no século IV a.C. e defendido por Platão e Aristóteles. Funda-se na autodeterminação e soberania do povo que, por sua maioria e em sufrágio universal, escolhe livremente os seus governantes e seus delegados às câmaras legislativas, os quais, juntamente com os membros do poder judiciário, formam os poderes institucionais, autônomos e harmônicos entre si, em que se divide o governo da nação, onde todos os cidadãos gozam de inteira igualdade perante a lei.

Nesse sentido, falar em democracia representativa requer, necessariamente, a garantia de participação. Sobre esse aspecto, Diniz (1998, p. 82) define democracia como:

> [...] forma de governo em que há participação dos cidadãos, influência popular no governo através da livre escolha de governantes pelo voto direto. É o sistema que procura igualar as liberdades públicas e implantar o regime de representação política popular, é o Estado político em que a soberania pertence à totalidade dos cidadãos.

Os conceitos deixam claro que a ausência de participação descaracteriza o estado democrático, ou seja, descaracteriza a democracia representativa, pois todo o grupo social estaria obrigado a participar da tomada de decisão. Ações do Estado somente são legítimas, necessariamente, se os indivíduos atingidos por tais ações tenham participado do processo. Essa é a lógica da democracia, como indica Bobbio (1987, p. 135) ao afirmar que:

> Da Idade Clássica a hoje o termo 'democracia' foi sempre empregado para designar uma das formas de governo, ou melhor, um dos diversos modos com que pode ser exercido o poder político. Especificamente, designa a forma de governo na qual o poder político é exercido pelo povo.

A participação, por vezes, é elemento fundamental à própria sobrevivência do grupo, que é garantida por meio da formalização de direitos. No Brasil, temos elencados na CF/88 direitos sociais que garantem a sobrevivência de grupos sociais mais vulneráveis. O Estado Democrático estabelece um sistema jurídico que tem por finalidade a promoção da

Justiça Social, por meio da qual há redução das desigualdades a partir da garantia de direitos.

Sobre a garantia dos direitos do homem Bobbio (1992, p. 45) entende que o problema está na dificuldade de protegê-los, ao afirma que:

> Com efeito, o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados.

O trecho indica que os direitos do homem estão reconhecidos e consolidados nas legislações e o problema que merece atenção é a constante violação dos mesmos. Além disso, para Bobbio (1992), os direitos humanos são direitos naturais, produtos da civilização humana (direitos históricos) que estão sujeitos a mudanças, no sentido de serem ampliados à manutenção da condição dos indivíduos, que devem ser reconhecidos como seres humanos.

Habermas (1999, p. 176) também obseva que a condição de existência da pessoa, *per si*, garante direitos, ao afirmar que:

> Éston son argumentos que fundamentan por qué la garantia de tales reglas se encuentra em los entereses iguales de todas las personas em su calidad de personas en general, por qué tales reglas son, pues, buenas em igual medida para cualquiera.

O trecho expõe argumentos morais para explicar que a universalidade dos direitos atinge a todos, sem distinção de raça, sexo ou situação geográfica, classificando-os como direitos gerais. Dessa forma, os integrantes das populações tradicionais devem ser vistos como sujeitos de direitos. No que tange a utilização dos conhecimentos produzidos por tais grupos sociais, a garantia de direitos é a confirmação da realização da Justiça Social, o que deveria garantir também a participação em razão da titularidade da propriedade dos conhecimentos tradicionais.

O sistema de propriedade intelectual atual prevê a propriedade intelectual (*patentes*, marcas, indicações geográficas, desenhos industriais, topografias de circuitos integrados e a proteção de informação confidencial) e o direito a autoria, que foram construídos a partir da lógica de mercado. Tenta-se ajustar o instituto da *patente* (que tem

por requisitos: atividade inventiva; novidade e aplicação industrial) a garantia da propriedade intelectual dos conhecimentos tradicionais.

Contudo, a maioria dos doutrinadores jurídicos entende que nenhum instituto atende as especificidades dos conhecimentos tradicionais em razão de serem essencialmente coletivos. O argumento é o de não ser possível conceder a um único indivíduo a propriedade do bem imaterial. Mesmo havendo a patente de forma coletiva, no caso dos conhecimentos tradicionais não é possível a identificação de todos aqueles que detêm tais conhecimentos.

Outra polêmica, que também perpassa pela reflexão de questões democráticas, é a realização da repartição dos benefícios gerados a partir do uso do conhecimento tradicional. Incluindo-se nesta reflexão as seguintes questões: *Como garantir a justa compensação aos detentores dos conhecimentos tradicionais explorados comercialmente no sistema capitalista? Como tratar a relação das populações tradicionais x capital? De que forma o benefício pode ser coletivo?*

Como solução à primeira questão, Santilli (2004, p. 354) sugere a criação de um sistema jurídico *sui generis* que garanta a titularidade coletiva dos conhecimentos tradicionais à população, afirmando que é:

> Impossível conferir proteção jurídica eficaz aos conhecimentos tradicionais a partir de um sistema baseado na lógica de que quem obtém a patente, em primeiro lugar, passa a deter o monopólio sobre sua utilização, impedindo que outras também utilizem conhecimentos que são coletivos e compartilhados.

A autora esclarece ser inconcebível que um regime jurídico não considere que os atores sociais sejam sujeitos coletivos dos direitos intelectuais associados aos seus conhecimentos tradicionais e ressalta que o sistema legal atual promove competições e rivalidades altamente prejudiciais aos processos inventivos coletivos que pretende salvaguardar. Ainda observa que a repartição de benefícios decorrentes da exploração econômica de produtos ou processos desenvolvidos a partir dos conhecimentos gerados por povos tradicionais já foi reconhecido juridicamente, por meio da Medida Provisória Nº 2.186-16/2001 (Art. 25).

Moreira (2007), analisando os *"cenários de disputa"* estabelecidos por terceiros em torno dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade, ressalta que

biodiversidade é uma construção cultural e social e que a CDB os elevou à condição de direitos. A autora chama atenção aos seguintes aspectos:

- ✓ O caráter ambivalente do contexto da CDB: valorização do trabalho de conservação, ratificando o sistema de propriedade intelectual **x** redução no direito dos povos tradicionais de controle de seus recursos naturais e seus saberes correlatos;
- ✓ Questão importante: suporte jurídico aos saberes, inovações e técnicas desenvolvidas pelos povos tradicionais em sua interação com a natureza;
- ✓ Concretização do Art. 1º da CDB: conservação; utilização sustentável e repartição justa e equitativa dos benefícios;
- ✓ Garantia do disposto no Art. 15 da CDB: regras para o acesso aos recursos genéticos (disciplinada Legislação Nacional – reconhecimento da soberania dos Estados).

Dessa forma, o ajuste dos instrumentos jurídicos à realidade dos povos tradicionais perpassa pela aplicação de conceitos antropológicos. Nesse sentido, Santilli (2004) confirma tal necessidade ao propor um sistema *sui generi*, informando que a compreensão dos bens culturais de um povo somente é possível se os valores dos que fazem parte desse povo forem reconhecidos por quem está fora dele.

A realidade indica uma distância entre os legisladores (que produzem as leis referentes a tais direitos) e as populações tradicionais (reais detentoras dos direitos de propriedade intelectual referentes aos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade, bem como dos direitos aos benefícios econômicos gerados com a utilização deles).

É preciso que se exercite a relativização no que se refere aos modos e práticas de populações tradicionais. A partir do olhar relativizador será possível ver o outro como integrante de uma mesma sociedade, como igual. Caso contrário, populações tradicionais sempre serão "o outro" e sua condição histórica (de estranho, por vezes inferior) continuará a prevalecer.

Os avanços são pequenos, porém, significativos na produção científica. Nesse sentido, Amanajás (2007, p. 120; 208) analisando o processo de criação do Sistema de Propriedade Privada, expõe que: *"[...] o conhecimento (em especial o científico) é uma criação*

do homem e mantém profundas relações com o momento histórico de sua construção", e conclui que:

> O sistema de propriedade intelectual, como foi visto, foi inventado pelo sistema capitalista para impulsionar o comércio e a inovação tecnológica e reinventado pelo século da biotecnologia para legalizar a privatização e a comercialização das pesquisas genéticas.

A autora [2] estuda a relação entre a cultura tradicional e direito autoral considerando os contextos histórico-sociais das invenções humanas, formalizados por meio das legislações e conhecimentos científicos.

Pode-se afirmar que no Brasil, um país de dimensões continentais, há desafios de dimensões igualmente continentais. Nesse sentido, é necessária a criação de legislações justas, que atendam os direitos de grupos sociais considerados vulneráveis no ordenamento jurídico (comunidades tradicionais e povos indígenas), já disciplinados nos institutos jurídicos internacionais.

A participação desses grupos na busca desse direito é fundamental, porém é uma realidade ainda distante, como afirma Munduruku (2004):

> As ONGs indígenas e os próprios indígenas detentores desse saber, assistem, às vezes de forma pacifica, às vezes não, a discussão que não lhes entra na cabeça por mais preparados que sejam. Tais discussões envolvem conceitos e paradigmas mentais que não fazem parte do universo epistemológico dos nossos povos. Temas como propriedade, bioprospecção, patentes, marcas, direitos conexos, estão fora das muitas relações que temos desenvolvido ao longo dos séculos, conosco mesmos e com a natureza. E todos sabem que, para um povo indígena, coisas que estão fora das relações, estão fora de nossa mente.

O entendimento do autor [3] indica que populações tradicionais permaneceram invisíveis, pois o Direito não fornece respostas, conforme demonstrado no próximo item desse artigo no qual há o registro de 02 experiências acadêmicas que envolveram estudos jurídicos sobre conhecimentos tradicionais.

[2] Gysele Amanajás é professora do Centro Universitário do Pará (CESUPA) e Assessora do Núcleo de Propriedade Intelectual CESUPA / Mestre anda em Direito das Relações Sociais / Especialista em Gestão Escolar e em Teoria Antropológica.

[3] Daniel Munduruku é representante do Instituto Indígena Brasileiro para Propriedade Intelectual (ANBRAPI).

4 Direito ambiental: experiências acadêmicas[4] sobre conhecimentos tradicionais

No início da disciplina Direito Ambiental foi apresentada a história do Direito Ambiental, seguida do tratamento legal mais específico dispensado ao meio ambiente na Declaração de Estocolmo e na Constituição Federal de 1988. Após, foi apresentada a Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/81) e as Metas do Milênio para se discutir as diretrizes gerais dos princípios ambientais.

As teorias elaboradas por doutrinadores foram aprofundadas em 05 seminários para debates onde as equipes apresentaram casos concretos sobre a não observância dos princípios jurídicos ambientais (por particulares e/ou pelo Estado). Os temas contemplaram os seguintes princípios, considerados mais relevantes ao meio ambiente:

- ✓ *Princípio do poluidor pagador e usuário pagador;*
- ✓ *Princípio da prevenção e da precaução;*
- ✓ *Princípio da informação e da participação;*
- ✓ *Princípio da intervenção obrigatória do Estado e;*
- ✓ *Princípio do desenvolvimento sustentável*.

Após os seminários e 1º avaliação, foi oportunizada à turma 02 visitas: da professora Gysele Amanajás (que realizou estudo sobre os conhecimentos tradicionais com pesquisa sobre as erveiras do Pará) e do advogado Almires Machado (integrante da Aldeia Jaguapirú, composta por três etnias: os Kaiawas, Guaranis e Terenas).

Considerando a importância apresentada por Simonian (2006, p. 4;27) à imagem, uma vez que "contribui significativamente no sentido de identificar, analisar e entender o imaginário, as sensações e mesmo as realidades materiais" e ainda porque "imagens e/ou fotografias têm representatividades e significados próprios, especialmente em termos de evidências e não de meras ilustrações", a pesquisa apresentada possibilita a visualização dos atores das experiências acadêmicas vivenciadas na disciplina Direito Ambiental.

O entendimento de Simonian (2006) foi registrado para justificar o propósito de associar os personagens das experiências acadêmicas às informações registradas neste

[4] As experiências acadêmicas apresentadas neste artigo foram discutidas pelos autores à produção do artigo. Elas foram proporcionadas pela Professora Dra. Luciana Fonseca, durante a graduação de Direito no Centro de Estudos Superiores do Pará (CESUPA), conforme registrado na Introdução.

artigo sobre os produtores de conhecimentos tradicionais: as erveiras do Mercado do Ver-o-Peso (Imagens 01 e 02) e o povo da Aldeia Jaguapirú (Imagem 04).

4.1 A primeira experiência acadêmica: a "justa" repartição de benefício em um caso concreto, o das erveiras de Belém do Pará

As palestras viabilizadas pela professora que ministrou a disciplina tinham por finalidade apresentar aos alunos a necessidade do tratamento interdisciplinar às questões ambientais. A primeira convidada discutiu os conhecimentos tradicionais com maior ênfase a perspectiva antropológica. Considerando que o aspecto histórico-social que abrange a teoria antropológica consta no item 2, inclusive com registro da produção teoria da professora Gysele Amanajás, este subitem trata de um caso concreto de repartição de benefícios apresentado na palestra.

A palestrante explicou o modo de vida das erveiras do Pará (Imagens 01 e 02), que trabalham no Mercado do Ver-o-Peso[5] e são reconhecidas como símbolo do folclore paraense.

Imagem 01e 02: Dona Coló e Dona Bete Cheirosinha (Erveiras do Pará).



Fonte: Disponíveis em www.google.com.br (buscar: imagens das erveiras do Ver-o-Peso)

[5] Considerado um museu vivo, o nome veio do fato do prefeito, cansado de ouvir reclamações das balanças dos peixeiros, ter determinado a instalação de balança pública no centro do mercado. Assim, as pessoas compravam o peixe e iam até a balança pública conferir o peso da compra, ou seja iam VER O PESO. Com o tempo o termo foi popularizado como nome do mercado, pois as pessoas dizem até hoje "Vou no mercado do Ver-o-Peso!".

A palestrante descreveu o cotidiano do trabalho das erveiras, explicando como a extração da essência (perfume) da erva priprioca, que é retirado da raiz da planta, revela um processo desenvolvido que é classificado como conhecimento tradicional. Após, revelou como a empresa NATURA teve acesso a esse conhecimento, por meio de entrevistas realizadas por funcionários e depois produziu a linha PRIPRIOCA.

O caso veio à tona quando houve aumento do valor da raiz, que passou de R$ 0,20 (vinte centavos) para R$ 2,00 (dois realis), pois a priprioca passou a ser matéria prima da NATURA. Durante a palestra, além de curiosidades sobre o dia-a-dia das erveiras, soube-se que o processo de negociação, onde foi discutida a repartição dos benefícios (gerados a partir da exploração dos conhecimentos tradicionais das erveiras) correu em segredo, bem como que o acordo foi firmado. Nele, a entidade das erveiras teria recebido 5% (cinco por cento) do lucro referente à venda de produtos da linha priprioca,

A curiosidade acadêmica levou à pesquisa na rede mundial de computadores, onde foram encontrados apenas 02 sites com informações sobre o caso, ambas publicadas em 2006. Em uma delas Glass (2006) informa que os diretores de Sustentabilidade da empresa admitem que a NATURA realizou entrevistas com 06 erveiras com o objetivo de "enaltecer as mulheres e seu conhecimento", bem como para utilizar na campanha de lançamento da linha Natura Ekos.

Trechos da entrevista com a presidente da Associação Ver-as-Ervas revelam o descontentamento das erveiras, conforme registrou Glass (2006):

> [...] "a Natura compra tudo e não sobra nada para nós. Eles (a Natura) vieram aqui fazer umas filmagens, explicamos tudo, levamos eles pras comunidades, e agora estamos com dificuldades de encontrar a priprioca", diz Deusa. E arremata: "não é assim, chega uma empresa, pega o nosso produto... queremos a preservação da nossa tradição, é daqui que tiramos o nosso sustento e o dos nossos filhos. É a nossa cultura!".

Os diretores declararam que "o processo de produção do perfume de priprioca exigiu a aplicação de altíssima tecnologia" e que "não teve relação alguma com os métodos utilizados pelas feirantes". Contudo, a empresa firmou acordo de repartição dos benefícios, o que foi divulgado pelo Estadão (2006):

> Deusarina Correia, 51 anos, acordou cedo e partiu de Belém rumo a São Paulo vestida com sua melhor roupa, chapinha no cabelo e acompanhada de

> seu advogado. Tratava-se de uma viagem de negócios. Dali a algumas horas ela se reuniria com executivos da Natura, uma empresa que fatura R$ 3,2 bilhões, para assinar um acordo que mudar definitivamente o rumo da associação que preside, a Ver-as-Ervas.

Chama atenção o registro de que a Natura pagou os honorários do advogado que prestou assistência jurídica à Associação Ver-as-Ervas. O advogado conduziu a presidente da Associação Ver-as-Ervas até o escritório da empresa no sudeste do país, conforme registrado na matéria:

Também consta registro de que "Após meses de duras negociações, a Natura concordou em repassar um percentual sobre as vendas de produtos à base de priprioca, cumaru e breu branco para a associação". Dessa forma, a questão também envolveu mais 02 produtos (o cumaru e o breu branco) e até hoje não se sabe o valor do acordo. A pesquisa indica, conforme consta nos textos, supõe repasse de 0,5% sobre a venda dos produtos, o que fica muito aquém dos prováveis 5% anunciados na palestra realizada no curso de Direito Ambiental.

Considerando a disparidade ente os percentuais anunciados na palestra e o divulgado na internet, houve pesquisa de campo no Mercado do Ver-o-Peso em 2014. Apesar do contato com as erveiras ser direto e simples, não há disponibilidade para se falar do tema, o que fortalece o que foi registrado na matéria de Verena Glass em 2006, que "o valor da negociação é guardado a sete chaves", ou seja, ainda hoje prevalece tese do compromisso do segredo.

Resta saber se no acordo, que impediu ajuizamento de ação junto ao Poder Judiciário, houve a justa repartição dos benefícios, o que requer um estudo específico e demorado, com metodologia interdisciplinar e técnicas próprias, o que poderá viabilizar o acesso às informações que eliminem a dúvida suscitada.

4.2 A segunda experiência acadêmica: os conhecimentos tradicionais de índios do Pará

O segundo convidado foi esperado com ansiedade, não apenas por ser advogado e mestre em Direitos Humanos, mas especialmente por ser um profundo conhecedor dos saberes de seu povo. No dia agendado, a professora apresentou o convidado como doutor

Almires Martins Machado (Imagem 03), informando sua origem e relembrando o tema sobre a ser tratado: os Conhecimentos Tradicionais.

Imagem 03: Almires Martins Machado



Fonte: Disponível no site do CNPG – Plataforma Lattes, acesso via link http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K4215085E4

O doutor Almires se apresentou à turma usando sua língua natal, o tupi-guarani, chamando a atenção dos alunos, já que ninguém entendeu o que ele dissera. O visitante repetiu a saudação em português, iniciando sua palestra. No centro do quadro estava projetado um quadro com os seguintes tópicos:

- Conhecimentos tradicionais
- Quem é o detentor? Como protegê-los?
- Convenção 169 da OIT, de 1991
- O que é a biodiversidade?
- Relação entre biodiversidade e povos indígenas
- A Convenção sobre Diversidade Biológica
- A Consulta Pública Número 02 do Conselho de Gestão do patrimônio Genético

Dentre as informações fornecidas durante a palestra, registrou-se:

- ✓ Que no Pará há 66 povos indígenas contatados e cada um desses povos tem conhecimentos tradicionais comuns e específicos;
- ✓ Que o IPEA realizou levantamento sobre a valorização de mercado de um conhecimento tradicional, chegando a conclusão de que o valor é de U$ 3.000.000,00 (três milhões de dólares) – pesquisa realizada há 6 a 8 anos;
- ✓ Que para se chegar a uma cura (produção de um medicamento) os laboratórios científicos gastam, em média, U$ 300.000.000,00 (trezentos milhões de dólares).

Após tratar os temas, houve o seguinte questionamento: *Quanto o laboratório farmacêutico ganha quando produz um medicamento?* Respondendo ele mesmo: *Um montante incalculável!* E registrou outro questionamento: *O que é o patrimônio cultural?* Reportou-se aos dispositivos jurídicos respondeu que entende ser *"Um instrumento utilizado pelo Estado para transformar o conhecimento tradicional em folclore!"*. Justificou seu entendimento, afirmando que não há epistemologia nos textos legais, ou seja, não há fundamentação científica.

O doutor Almires registrou que na década de 90 os conhecimentos tradicionais indígenas associados à biodiversidade foram concebidos como patrimônio da humanidade, mas que após as pesquisas sobre o valor monetário de tais conhecimentos, esse entendimento começou a mudar. Para exemplificar a questão citou 02 exemplos, considerados atuais:

1stA venda do sequestro de carbono - países que poluem o ar atmosférico pagam a países que possuem florestas para preservá-las em razão das árvores sequestrarem o carbono que é espalhado no meio ambiente (o mercado prevê que, em um futuro próximo, o negócio da venda do sequestro de carbono renderá lucros altíssimos, o quê evidencia por um lado a necessidade de manutenção das florestas e, por outro, o interesse capitalista);

2nd A questão polêmica da região conhecida como Raposa Dourada do Sol, que despertou a atenção de inúmeros grupos em razão de haver naquela região uma jazida de um minério raro - muito valioso.

Para explicar conceito de conhecimentos tradicionais, o doutor Almires Machado apresentou práticas da aldeia (Imagem 04), explicando a relação de seu povo com a natureza.

Imagem 04: Casa de Rezas da Aldeia Jaguapirú



Fonte: Disponíveis em www.google.com.br (buscar: imagens da aldeia Jaguapirú)

Revelou que nas terras de sua aldeia há uma espécie de aranha muito pequena cuja mordida produz o mesmo efeito do medicamento VIAGRA (utilizado para tratar a impotência sexual masculina), ressaltando que a diferença estava no tempo. A mordida da aranhinha produz efeitos por 05 dias, enquanto o VIAGRA não chega a 03 horas. A informação causou alvoroço nos alunos, especialmente os do gênero masculino, especialmente quando foi observado pelo palestrante que a mordia da aranhinha não registra efeitos colaterais.

Ainda houve exposição sobre usos de ervas para tratamento de infertilidade e outras questões femininas e passou a descrever, com muita emoção, o processo de cura de

moléstias desconhecidas, referindo-se ao ritual realizado pelo pajé (médico na tribo indígena) para receber dos deuses a indicação do tratamento adequado.

O doutor Almires forneceu alguns detalhes sobre o modo de vida de seu povo, onde há prevalência do espírito de cooperação, pois todas as práticas laborais são compartilhadas, bem como os conhecimentos. Explicou que um índio sempre ensina o que aprende aos demais e divide o que encontra na floresta com todo o seu povo, pois as ações são voltadas ao interesse da coletividade. Ficou claro que o espírito de solidariedade é uma característica do povo indígena, e que essa característica facilita ao desconhecido (aquele que chega à aldeia) o acesso rápido a conhecimentos construídos ao longo do tempo.

A discussão sobre a proteção dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade e sobre a repartição dos benefícios econômicos obtidos por meio do uso de tais conhecimentos ganhou destaque na palestra. E com o fim de especificar o valor monetário da biodiversidade, o palestrante informou que há uma estimativa de que só o Pantanal matogrossense vale, aproximadamente, U$ 12.000.000,00 (doze milhões de dólares), provocando uma explosão de interesses. Finalizando sua fala, o doutor dos saberes de seu povo afirmou ser necessário que o poder público e a sociedade civil percebam a real ameaça que se apresenta ao meio ambiente brasileiro.

Refletiu-se sobre os dispositivos legais e a falta de efetividade e a dificuldade de se alcançar a proteção jurídica a conhecimentos tradicionais. A professora agradeceu a presença do convidado, lamentando o tempo limitado. Expôs aos alunos a necessidade de discussão sobre a proteção dos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade como garantia da preservação ambiental.

A partir das experiências vivenciadas pelos acadêmicos (narradas acima) é possível inferir que houve compreensão do que Castro (2000, p. 165-197) indica sobre uso da denominação "povos tradicionais", que expressa "elementos de identidade política e reafirmação de direitos", o que extrapola a utilização desta denominação como elemento técnico, especialmente por englobar "o mágico, o ritual, e enfim, o simbólico".

Nesse sentido, é relevante ressaltar que a OIT reconhece a autodeterminação dos povos tradicionais indígenas e tribais. A Convenção 169 confirma a condição de sujeitos de direitos aos integrantes de populações tradicionais na esfera internacional, conforme indicou o palestrante.

As experiências acadêmicas ressaltam a importância dos conhecimentos tradicionais à sustentabilidade ambiental, conforme indica Simonian (2005, p. 59-93) ao demonstrar que o modo de vida desses povos garante a manutenção do ecossistema, bem como indicam a capacidade de transformação do saber acadêmico, pois o espanto provocado pela indagação sobre a "esquisitice" daqueles que atuam na seara ambiental se mostrou inconsistente no final da disciplina, quando o interesse pela matéria era geral.

5 Considerações finais

É necessário um conjunto de transformações para um futuro mais igual e, consequentemente, mais justo às populações tradicionais. Um caminho pode ser a efetivação de mudanças na legislação, buscando-se a garantia da representação política dos povos tradicionais, não só nos debates, mas principalmente, nas decisões relativas à utilização de conhecimentos produzidos por tais povos. Esse caminho é uma questão urgente.

Habermas (1998) informa que a decisão pública e sua efetividade refletem o exercício da democracia. Dessa forma, a garantia da participação nos processos de elaboração de direitos confirma o exercício da democracia. A realidade de comunidades tradicionais (em especial a de povos indígenas) indica que há muito a ser discutido no âmbito das ciências sociais, em especial na seara jurídica, pois a participação deve atender a totalidade dos grupos sociais.

Bobbio (1992, p.16) afirma que os "Direitos do homem são aqueles cujo reconhecimento é condição necessária para o aperfeiçoamento da pessoa humana, ou para o desenvolvimento da civilização", associando-os aos temas da democracia e da paz. O reconhecimento dos direitos de comunidades tradicionais certamente levará a implementação da paz. Bobbio (1992) indica que o problema do direito não é mais o de fundamenta-lo (filosófica ou juridicamente), mas sim de efetivação.

É dever do Estado garanti a participação de representantes dos povos tradicionais nas questões relacionadas aos seus conhecimentos, bem como reconhecer os reais proprietários desses conhecimentos. Baniwa (2005) defende os direitos de comunidades tradicionais indígenas, afirmando que:

> A **utilização do conhecimento dos povos indígenas**, seja em pesquisas científicas, seja em projetos com finalidades comerciais, vem suscitando **questões importantes** no debate sobre propriedade intelectual, dentre elas: **como deve ser a repartição dos possíveis recursos provenientes desse uso?**. (grifos nossos).

A reflexão acima induz que o direito de existir de um povo implica no reconhecimento dos direitos dos integrantes desse povo, por serem sujeitos de direito, bem como que a riqueza produzida pelos povos tradicionais (seus conhecimentos) deve ser protegida pelo Estado. Assim, é necessário um avanço político-jurídico, no sentido de que seja garantia a participação de comunidades tradicionais nos processos decisórios, cumprindo-se o que dispõem o PRINCÍPIO 22 da *Declaração do Rio de Janeiro sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento*, realizada em 1992:

> PRINCÍPIO 22
> Os **povos indígenas e suas comunidades**, assim como outras comunidades locais, **desempenham um papel fundamental na ordenação do meio ambiente e no desenvolvimento devido a seus conhecimentos e práticas tradicionais**. Os **Estados deveriam reconhecer e prestar o apoio devido a sua identidade, cultura e interesses e velar pelos que participarão efetivamente na obtenção do desenvolvimento sustentável**. (grifos nossos).

O princípio infere que é possível a efetivação da condição de sujeitos de direito aos integrantes das comunidades tradicionais, com respeito ao modo de vida dessas comunidades, que tanto contribuem à manutenção do meio ambiente, por utilizarem os recursos naturais de forma sustentável.

Machado (2009, p. 29) afirma que a aldeia Jaguapirú utiliza o *mbororekuá* (conhecimento acumulado) para ensinar a seu povo que o usufruto dos recursos naturais deve ser feito de "forma equilibrada para não esgotá-los", pois se "há a pretensão de preservar o que se ama, é preciso cuidar do que se tem hoje". Dessa forma, conclui-se este ensaio com a esperança que o mesmo promova a ampliação dos debates sobre as comunidades tradicionais e sobre os conhecimentos produzidos por elas.

6 Referências Bibliográficas

AGÊNCIA ESTADO. **Peça de teatro ajuda Natura a fechar acordo com 'erveira'.** Estadão, 20/10/2006. Disponível em: <http://economia.estadao.com.br/noticias/mercados,peca-de-teatro-ajuda-natura-a-fechar-acordo-com-erveira,20061020p17408>. Acesso em: 09 fev. 2015.

AMANAJÁS, Gysele. A invenção e a reinvenção do sistema de propriedade intelectual. *In*: **Proteção aos conhecimentos das sociedades tradicionais**. Museu Paraense Emílio Goeldi: Centro de Universitário do Pará. Belém/PA, 2007. 341 p. (Org. por Benedita Barros, Cláudia López-Garcés, Eliane Moreira e Antonio Pinheiro).

BANIWA, André. **Repartição dos benefícios ainda é polêmica no uso do conhecimento indígena.** Com Ciência, abril/2005. Disponível em: <http://www.comciencia.br/reportagens/2005/04/andre.htm>. Acesso em: 17 jan. 2015.

BOBBIO, Norberto (1992). **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho, apresentação de Celso Lafer. Nova. ed. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. **Estado, governo, sociedade; por uma teoria geral da política**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/sf/legislacao/const/>. Acesso em: 10 mar. 2015.

CASTRO, Edna. **Território, Biodiversidade e Saberes de Populações Tradicionais**. Belém, UFPA/NAEA. 1998. In: DIEGUES, Antonio Carlos (org.). Etnoconservação: novos rumos para a conservação da natureza. São Paulo: Ed. HUCITEC, 2000, p 165-182.

DIEGUES, Antonio Carlos Sant´Ana. **Biodiversidades e Comunidades Tradicionais no Brasil**. NUPAUB, 1999.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1998.

GLASS, Verena. **Acusação de biopirataria contra Natura expõe legislação falha.** Carta Maior, 30/05/2006. Disponível em: < http://cartamaior.com.br/?/Editoria/Meio-Ambiente/Acusacao-de-biopirataria-contra-Natura-expoe-legislacao-falha/3/10549>. Acesso em: 25 jan. 2015.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 1998.

_____. **La incluión del outro**: estudos de teoria política. Tradução: Juan Carlos Velasco Arroyo e Gerard Vilar Roca. Barcelona: Paidós, 1999.

LUDKE, Menga Alves; ANDRÉ, Marli E. D. A. **Pesquisa em educação**: abordagens qualitativas. 6. ed. São Paulo: EPU, 2001. 99 p.

MACHADO, Almires Martins. **De Direito Indigenista a Direito Indígena: desdobramento da arte do enfrentamento**. Dissertação de mestrado apresentada no Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD), da Universidade Federal do Pará (UFPA). 2009.

MOREIRA, Eliane. **O direito dos povos tradicionais sobre seus conhecimentos associados à biodiversidade: as distintas dimensões destes direitos e seus cenários de disputa**. In Proteção aos conhecimentos das sociedades tradicionais. Museu Paraense Emílio Goeldi: Centro de Universitário do Pará. Belém/PA, 2007. 341 p. (Org. por Benedita Barros, Cláudia López-Garcés, Eliane Moreira e Antonio Pinheiro).

MUNDURUKU, Daniel. **Apresentação sobre conhecimento tradicional.** Olinda: Centro de Convenções de Pernambuco, 11/06/2004. 24ª Reunião da Associação Brasileira de Antropologia – ABA. Disponível em: <http://www.socioambiental.org/esp/tradibio/>. Acesso em: 15 fev. 2015.

NUNES, Pedro. **Dicionário de Tecnologia Jurídica**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1993.

SANTILLI, Juliana. **Conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade: elementos para a construção de um regime jurídico *sui generis* de proteção**. In Proteção aos conhecimentos das sociedades tradicionais – Cap. 12. ESMUP; DelRey. Belo Horizonte/MG. 2004, p. 399-369. (Org. por Ana Flávia Barros Platiau e Marcelo Dias Varella).

SANTOS FILHO, J. Camilo dos. Pesquisa quantitativa *versus* pesquisa qualitativa: o desafio paradigmático. In: SANTOS FILHO, J. Camilo dos; GAMBOA, Silvio Sánchez. **Pesquisa educacional: quantidade-qualidade**. 4. ed. São Paulo: Cortez, p.13-59, 2001.

SIMONIAN, Ligia T. L. **Uma relação que se amplia: fotografia e ciência sobre e na Amazônia**. Núcleo de Altos Estudos Amazônicos – NAEA, da Universidade Federal do Pará (UFPA). Belém/PA, out. 2006. 31p.

_____. **Saber local, biodiversidade e populações tradicionais: perspectivas analíticas, limites e potencial**. Anais/ Seminário Saber Local/Interesse Global: Propriedade Intelectual, Biodiversidade e Conhecimentos Tradicionais. Belém/PA: MPEG; CESUPA, p. 59-93, 2005. (Org. por C. A. Bela e Eliane Moreira).

DANOS EXISTENCIAIS E A IMPORTÂNCIA DE UM MEIO AMBIENTE DO TRABALHO EQUILIBRADO

Marcos Bento Veshagem[*]

Palavras-chave: Constituição Federal; Dignidade da pessoa humana; Danos extrapatrimoniais; Danos existenciais; Meio ambiente do trabalho.

Resumo: Inicialmente, a partir de uma sucinta retrospectiva histórica, procura-se enfatizar a importância que o Direito do Trabalho representa para o equilíbrio das relações laborais, sobretudo, para os trabalhadores, que muitas vezes não vislumbram malefícios que lhes poderão ser causados no futuro, assim como não conseguem calcular danos que poderão ser irreparáveis à sua existência como pessoa humana.

Nesta perspectiva, a proposta do trabalho será tratar da incorporação dos danos existenciais ao ordenamento jurídico brasileiro, comprovando-se através de casos fictícios e reais que existem grandes diferenças entre este recente instituto de natureza extrapatrimonial e outros que já são habitualmente aplicados pelos mais diversos operadores do direito.

Aquilatar-se-á, de tal modo, que o dano existencial é causado quando ocorrem reais prejuízos a um **projeto de vida** ou ainda à **vida de relação** de determinado trabalhador - expressões que serão amplamente explanadas ao longo do trabalho - , de modo a alterar substancialmente a forma como este lidará com situações cotidianas e com o mundo exterior, acarretando prejuízos não apenas do ponto de vista profissional, como também no âmbito familiar, afetivo-sexual, intelectual, artístico, científico ou desportivo.

Em última análise, defender-se-á que a construção de um meio ambiente de trabalho equilibrado é o melhor caminho para ilidir acidentes ou danos mais graves, notadamente aqueles de natureza extrapatrimonial. Dados estatísticos demonstrarão que, tanto a nível nacional como global, esta é umaquestão séria e relevante, que deve ser encarada como um grande desafio mesmo para os tempos atuais.

[*] Graduando em Direito pela Universidade Estadual de Maringá(UEM). Estagiário de Direito do Ministério Público do Trabalho.

Keywords: Federal Constitution; Dignity of human person; Off-balance sheet damage; Working environment.

Abstract: In the beginning of this article, a historical retrospective will try to emphasize the importance of Labour Law for the balance of labor relations, above all, for the workers, who often do not envision harm may be caused to them in the future as well how they can not calculate damage that may be irreparable to their existence as human beings.

In this perspective, the proposed work will address the incorporation of existential damage to the Brazilian legal system, proving through fictitious cases and real that there are major differences between this recent damage and others that are usually applied by law operators.

In this way, you will realize that the existential damage appears when there are actual damage to a life project or to life ratio determined worker - expressions that are widely explained throughout this article - in order to change substantially how the worker will deal with everyday situations and with the outside world, causing damage not only from a professional point of view, but also within the family, emotional and sexual, intellectual, artistic, scientific or sports.

Ultimately, the article will defend that the construction of a balanced working environment is the best way to rebut accidents or severe damage, especially the existential damage. Statistics demonstrate that both national as global level, this is a serious and important issue, which should be seen as a major challenge even for modern times.

1 Introdução

Entre o final do Século XVII e início do Século XVIII novas tecnologias foram criadas na Europa, revolucionando-se o modo de produção até então vigente. Neste sentido, com o aumento da produção fabril - resultante da utilização dos teares mecânicos e da máquina a vapor – também houve uma expressiva transformação das relações de trabalho naquele continente.

Ocorre que, enquanto os empregadores, de um modo geral, enriqueciam e se tornavam cada vez mais poderosos, a grande maioria da população, formada por trabalhadores, se enfraquecia na razão inversa de todo este avanço econômico, proporcionado pelo que ficou historicamente conhecido como Revolução Industrial.

Isto se dava principalmente porque em um primeiro momento o Estado não intervinha nas relações laborais, resultando, por exemplo, em condições degradantes de trabalho (locais insalubres e perigosos), jornadas extenuantes e baixos salários. Com o passar dos tempos, entretanto, observou-se uma significativa reação dos trabalhadores em face destas péssimas condições, que passaram a ser questionadas através de diversos movimentos grevistas.

Como resultado, aos poucos foram sendo criadas normas trabalhistas visando regulamentar esta nova relação laboral e buscar um equilíbrio para a evidente disparidade de poder entre aquele que empregava e aquele que trabalhava.

No Brasil não foi diferente, em 1943 foi criada a Consolidação das Leis do Trabalho, um conjunto de leis trabalhistas que representou uma conquista histórica para os trabalhadores brasileiros. Posteriormente, com o advento da Constituição Federal de 1988, observou-se um maior reconhecimento também dos danos de natureza não patrimonial, dentre eles, um tipo de dano que foi recentemente incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro, qual seja, o dano existencial.

Deve-se registrar que este novo instituto de responsabilidade civil ainda permanece sendo alvo de muitas críticas doutrinárias e jurisprudenciais, sendo que a proposta deste trabalho será demonstrar que os danos existenciais representam uma categoria de dano imaterial independente, que se diferencia daqueles já anteriormente reconhecidos pela ordem jurídica, tal como o dano moral.

Deste modo, perfilha-se do entendimento de que não se trata de uma mais uma invenção ou "modismo", e sim de um exemplo claro de que os direitos que nos foram consagrados constitucionalmente estão surtindo efeitos positivos, proporcionando uma maior dignidade àqueles que laboram e garantindo uma relação de trabalho mais justa.

Por fim, espera-se que o leitor compreenda a importância que a construção de um meio ambiente de trabalho equilibrado, com a implementação de medidas efetivas de saúde e segurança, representa para a prevenção de acidentes e mortes, além de contribuir para

redução de diversos custos para o Estado, que têm que arcar, por exemplo, com despesas como auxílio-doença, aposentadorias por invalidez e pensões por morte.

Dados estatísticos provenientes dos mais diversos entidades e órgãos - tais como a Organização Internacional do Trabalho (OIT), Previdência Social e Ministério do Trabalho e Emprego (MTE) – demonstrarão que esta ainda é uma questão séria e relevante, mesmo para os tempos hodiernos em que tanto se critica a rigidez da legislação trabalhista.

2 Importância do direito do trabalho para o equilíbrio das relações de trabalho

Parte-se da premissa de que a história desempenha um papel de fundamental importância para compreensão do que se passa no presente e, quando se discorre acerca do Direito do Trabalho, esta realidade não é diferente.

Desta forma, antes de se empreender qualquer crítica a este ramo do direito, é essencial que se compreenda de que forma as relações de poder foram se alterando no decorrer da história, impactando na economia, na política e na sociedade como um todo, para que só assim sejam entendidos os motivos que levaram à criação de um ordenamento jurídico voltado à tutela desta que é uma das mais fundamentais relações humanas, qual seja, a relação de trabalho.

Feitas tais considerações, cumpre inicialmente destacar que a doutrina majoritária relata que a palavra "trabalho" teria origem do latim *tripalium,* que era uma espécie de instrumento de tortura de três paus ou uma canga que pesava sobre os animais.

Contudo, independentemente do sentido que lhe é atribuído, perfilha-se do entendimento de que é certo que em torno do trabalho as pessoas estruturam suas vidas, do que decorre a relevância do estudo acerca de todos os aspectos sociais, culturais e, especialmente, jurídicos nele envolvidos (LORA, 2013, p. 10).

Diante deste contexto, importa assinalar que por muitos séculos cumprir uma jornada de trabalho foi sinônimo de realizar uma atividade extremamente prejudicial à saúde física e mental, estando reservada apenas àqueles que não tinham mais nenhuma alternativa para a sobrevivência, senão a de se submeter ao labor em condições penosas, insalubres e muitas vezes perigosas.

E isto se deu principalmente a partir do momento em que se observou na Inglaterra, país que mais havia acumulado capital durante os Séculos XVI e XVII, o começo de um processo de mecanização industrial. Era o pontapé inicial do que viria a ser chamado de Revolução Industrial, processo de produção que se estenderia pelo resto do mundo nas décadas seguintes e modificaria as relações humanas de uma forma nunca antes vista.

Neste sentido, entre o final do Século XVII e início do Século XVIII passaram a ser desenvolvidas máquinas que, pouco a pouco, foram revolucionando o modo de produção até então vigente. O trabalho artesanal era paulatinamente substituído pelo trabalho mecanizado, que, além de ser mais rápido, era também mais eficiente e produtivo.

Com maiores produções, obtinham-se maiores lucros, sendo estes reaplicados para um maior desenvolvimento industrial. De fato era um caminho sem volta, que mudaria para sempre o cenário mundial.

No entanto, se por um lado todo este avanço era fantástico do ponto de vista econômico, milhares de trabalhadores se sacrificavam e eram explorados em função deste novo modo de produção. Prelecionam, em síntese, os historiadores Cláudio Vicentino e GianpaoloDorigo acerca das novas formas de trabalho geradas pela Revolução Industrial:

> O surgimento da mecanização industrial operou significativas transformações em quase todos os setores da vida humana. Na estrutura socioeconômica, fez-se a separação definitiva entre o capital, representado pelos donos dos meios de produção, e o trabalho, representado pelos assalariados, eliminando-se a antiga organização corporativa da produção utilizada pelos artesãos. Os trabalhadores perdiam a posse das ferramentas e máquinas, passando a viver da única coisa que lhes pertencia: a sua força de trabalho, explorada ao máximo (VICENTINO, 2001, p. 335**).**

E de fato, como já frisado anteriormente, para milhares de pessoas, restou como única alternativa o trabalho assalariado nas fábricas. Sem poder optar, estas pessoas vendiam a sua força de trabalho, recebendo salários tão baixos que muitas vezes todos integrantes da família eram compelidos a laborar por longas e extenuantes jornadas de 14 a 16 horas diárias.

Neste caminhar, o célebre jurista Russomano pontuou que:

> A máquina, as mulheres, os menores e os trabalhadores coloniais ou campesinos atraídos para os centros urbanos agravaram o problema do desemprego, porque, por um lado, aumentavam o número dos que buscavam trabalho e, por outro lado, aceitavam quaisquer imposições, qualquer preço, qualquer migalha, desvalorizando o esforço humano ediminuindo tanto a sua própria dignidade quanto a dignidade daqueles que viviam à custa de sua miséria e de sua fraqueza (RUSSOMANO, 1954, p. 35).

Mas não era somente isto, não bastasse o baixo valor de remuneração e as extensas jornadas, não existiam programas preventivos que garantissem a saúde e segurança dos trabalhadores. Em verdade, o serviço era extremamente pesado e perigoso, os acidentes de trabalho eram freqüentes e, de igual modo, as doenças causadas pelas condições perigosas e insalubres dos ambientes laborais eram bastante comuns.

Note que no Século XIX era muito comum que, por exemplo, mulheres grávidas trabalhassem, não havendo qualquer tipo preocupação com a condição humana, senão a de que trabalhadores neste tipo de condição produziam menos e, assim sendo, deveriam receber um menor salário. Ora, o que importava realmente era produção em massa, pois esta garantiria uma alta lucratividade.

É o que se depreende das lições de outro grande jurista brasileiro, Arnaldo Sussekind, que muito bem destaca:

> Num retrocesso que afrontava a dignidade humana, a duração normal do trabalho totalizava, comumente, 16 horas diárias; o desemprego atingiu níveis alarmantes e o valor dos salários decresceu. Para complementar o orçamento da família, a mulher e a criança ingressaram no mercado de trabalho, acentuando o desequilíbrio entre a oferta e a procura de emprego. E, assim, ampliada a mão-de-obra disponível, baixaram ainda mais os salários (Lei de Bronze de LASSALE). Nem a liberdade formal nem a máquina libertaram o homem (SUSSEKIND, 1999, p. 29).

Com efeito, o que a história também nos relata é que crianças e adolescentes laboravam nas mesmas condições dos adultos, em ambientes na maior parte das vezes infestados por agentes insalutíferos.

Em síntese, há cerca de 200 anos atrás, em pleno século XIX, a realidade era a de que enquanto uma pequena minoria festejava altos lucros, a grande maioria, formada por trabalhadores, vivia na mais pura e verdadeira miséria. Desta forma, vivia-se uma verdadeira dicotomia, na medida em que claramente a qualidade de vida dos trabalhadores não acompanhava todas as benesses trazidas com o avanço da indústria.

Esta realidade se evidencia ao analisarmos, a título demonstrativo, este excerto de uma obra publicada em meados do século XVIII:

> É fato notório... que a penúria até certo grau estimula a indústria; e que o operário que pode prover às suas necessidades trabalhando só três dias ficará ocioso e bêbado o resto da semana... Os pobres, nos condados onde há manufaturas, jamais trabalharão mais horas do que é preciso para custear a alimentação e suas orgias semanais... sem temor podemos dizer que uma redução dos salários das manufaturas laníferas seria uma benção e uma vantagem para a nação e não seria um prejuízo real para os pobres. Com esse recurso, poderíamos preservar nosso comércio, manter nossas rendas e, além de tudo, corrigir as pessoas (SMITH *apud* VICENTINO, 2001, p. 339).

Dessarte, pode-se dizer que enquanto os empresários se tornavam mais poderosos com o aumento da produção fabril - resultante da utilização dos teares mecânicos e da máquina a vapor, e a conquista de novos mercados, facilitada pela melhoria dos meios de transporte (revolução industrial) -, a classe trabalhadora se enfraquecia na razão inversa da expansão das empresas, sobretudo porque o Estado não impunha aos empregadores a observância de condições mínimas de trabalho e ainda proibia a associação dos operários para defesa dos interesses comuns (SUSSEKIND, 1999, p. 30).

E isto se deu até que, em dado momento, sem abordar de forma minuciosa todos os movimentos organizados em prol da classe trabalhadora (tais como o Ludismo e Cartismo), observou-se uma reação expressiva dos trabalhadores em face destas péssimas condições, que passaram a ser questionadas através de diversos movimentos grevistas.

Em suma, apesar da grande dificuldade encontrada inicialmente, foi a partir desta árdua luta articulada pela classe trabalhadora que, paulatinamente, foram sendo criadas normas jurídicas com vistas à regulamentação das relações trabalhistas.

Percebe-se, assim, que não foi por acaso que se constituiu um ordenamento jurídico específico para regular as relações de trabalho, trata-se verdadeiramente de um resultado da reação contra a exploração dos trabalhadores pelos empregadores (MARTINS, 2009, p. 08).

Sob tal perspectiva, aquilata-se que a tarefa desempenhada pelos institutos de Direito do Trabalho é indiscutivelmente importante no sentido de controlar a disparidade de poder existente entre aquele que emprega e aquele que trabalha, mesmo nos tempos atuais. Quase que de modo inexorável, a sociedade ainda carrega todo este passado de injustiças e desigualdades, que por muito tempo acometeram milhares de trabalhadores.

Chega-se à conclusão de que o ordenamento jurídico trabalhista foi de fato criado para tutelar as relações de trabalho, mas essencialmente para proteção da parte hipossuficiente desta relação, qual seja, o trabalhador.

Como uma espécie dívida social, o Direito do Trabalho vem servir como um "guarda-costas" do trabalhador, que na maior parte das vezes não vislumbra os malefícios que lhe poderão ser causados futuramente, assim como não consegue calcular danos irreparáveis à sua existência como pessoa humana.

3 Danos existenciais nas relações de trabalho

Por oportuno, importa ressaltar que se a Consolidação das Leis do Trabalho representou uma conquista histórica para os trabalhadores brasileiros, foi com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil (1988) que se registrou um considerável avanço também no que concerne à reparação de atos ilícitos praticados pelo empregador.

Vale dizer, neste sentido, que a responsabilidade civil não mais passou a se pautar única e exclusivamente pelo ponto de vista patrimonial, e sim pelo prisma da existência da pessoa humana, reconhecendo-se o que ficou conhecido como dano extrapatrimonial ou imaterial.

Corroborando com os termos anteriormente expostos, afirma-se que foi de fato a convivência com todos os problemas ocasionados pela excessiva valorização das máquinas e da economia capitalista, tais como mutilações decorrentes dos acidente de trabalho e o próprio trabalho operário sob condições atrozes, que fez com que, com o passar do tempo, os olhares se voltassem a necessidade de proteção da pessoa humana (SOARES, 2009, p. 24).

Paulatinamente, emergiu a consciência de que o Direito do Trabalho não deveria perseguir tão somente objetivo patrimonial na melhoria das condições materiais de vida dos trabalhadores.

Sem deixar de lado esse objeto, passaram os estudiosos deste ramo do Direito a tratar de temas pertinentes aos direitos da personalidade, no intuito não mais de atingir o alvo da justiça social do ponto de vista estritamente pecuniário, porém de agregar-lhe

valores fundados na realização do ideal de justiça (pura, sem adjetivação), com supedâneo no reclamo ético de valorização do trabalho humano, lastreado no respeito à dignidade da pessoa do trabalhador (ROMITA, 2014, p. 34).

Aquilata-se, de tal arte, que os danos imateriais passaram a receber uma maior atenção do mundo jurídico, culminando com o reconhecimento de uma variada gama de direitos, dentre os quais se analisa nesta ocasião um instituto que possui origem no Direito Italiano, qual seja, o direito à reparação por danos existenciais.

Deve-se frisar, contudo, que muito embora o termo "danos existenciais" tenha se originado no Direito Italiano[1], não se trata de uma inovação exclusivamente trazida pela doutrina e jurisprudência italiana. Isto porque a tutela por este tipo de *dannoallavitadirelazione*[2]há muitas décadas já vinha sendo debatida por juristas de todo o mundo, os quais sustentavam a existência de uma categoria de danos extrapatrimoniais que não seriam abarcados necessariamente, por exemplo, pelos danos morais.

Neste caminhar, é válidoregistrar que a expressão *préjudice d'agrément*[3] já vinha sendoempregada há tempos pelos franceses, quando identificada ofensa capaz de privar determinada pessoa de gozar dos prazeres de sua vida (GREY, 2014), ou seja, do bem estar que a existência proporciona, o que inclui atividades específicas, tais como a prática de esportes ou de uma atividade de lazer determinada (prejuízo de lazer), abrangendo, também, os denominados prejuízo juvenil e o prejuízo sexual(SOARES, 2014, p. 48).

Por outro giro, mas de igual sorte, tanto o direito anglo-saxônico como o direito australiano já utilizavam a expressão *lossofamenitiesoflife*[4] para caracterizar danos não patrimoniais que destruíssem ou restringissem, de forma permanente ou temporária, a faculdade de certo indivíduo participar de atividades normais e apreciar de forma completa sua vida (SOARES, 2014, p. 49).

Logo, o que se constata é que todas estas expressões tratam de ofensas ao normal desenvolvimento das atividades humanas, nos diversos segmentos que compõem a existência humana, isto é, tratam de certo modo de danos existenciais.

[1] A Suprema Corte Italiana se pronunciou, explicitamente acerca do dano existencial, pela primeira vez, em 7 de junho de 2000, conforme Decisão de nº7.713 (SOARES, 2014, p. 43).
[2] Nomenclatura inicialmente utilizada no Direito Italiano.
[3] Em uma tradução adaptada do francês pelo autor: perda de comodidade.
[4]Em uma tradução adaptada do inglês pelo autor: perda de comodidades da vida.

Desta feita, não se discute qual seria o conceito mais adequado para o instituto ora analisado, até porque a nomenclatura que já vem sendo amplamente utilizada no Brasil é a de dano existencial, já existindo inclusive decisões judiciais que reconhecem este tipo de dano imaterial por aqui[5].

Sob este enfoque, parte-se do pressuposto de que apesar deste instituto já estar inserido no ordenamento jurídico pátrio, grandes dificuldades ainda são enfrentadas por magistrados e operadores do direito quando estes procuram fundamentos jurídicos ou tentam entender quais seriam as circunstâncias em que este tipo de dano se configura e de que forma ele se diferencia dos demais danos não patrimoniais.

De forma sucinta, cumpre assinalar que, ainda que não esteja literalmenteprevisto na legislação, por simples hermenêutica jurídica é possível encontrar diversos fundamentos jurídicos para sustentar a possibilidade de configuração e reparação do dano existencial na seara trabalhista. Apenas a título exemplificativo, citam-se os art. 1º, III (dignidade da pessoa humana) e art. 5º, X da Constituição Federal, bem como o art. 186 combinado com o art. 927 e seguintes do Código Civil de 2002.

Perfilhando deste entendimento, decidiu a 1ª Turma do Egrégio Tribunal Superior do Trabalho:

> DANO MORAL. DANO EXISTENCIAL. SUPRESSÃO DE DIREITOS TRABALHISTAS. NÃO CONCESSÃO DE FÉRIAS DURANTE TODO O PERÍODO LABORAL. DEZ ANOS DIREITO DA PERSONALIDADE. VIOLAÇÃO. 1. A teor do artigo 5º, X, da Constituição Federal, a lesão causada a direito da personalidade, intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas assegura ao titular do direito a indenização pelo dano decorrente de sua violação. 2. O dano existencial, ou o dano à existência da pessoa, "consiste na violação de qualquer um dos dos direitos fundamentais da pessoa, tutelados pela Constituição Federal, que causa uma alteração danosa no modo de ser do indivíduo ou nas atividades por ele executadas com vistas ao projeto de vida pessoal, prescindindo de qualquer repercussão financeira ou econômica que do fato da lesão possa ocorrer." (ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. Dano existencial: a tutela da dignidade da pessoa huma. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 6, n. 24, mês out/dez, 2005, p. 68). 3. **Constituem elementos do dano existencial, além do ato ilícito, o nexo de causalidade e o efetivo prejuízo, o dano à realização do projeto de vida e o prejuízoà vida de relações. Com efeito, a lesão decorrente da conduta patronal ilícita que impede o empregado de usufruir, ainda que parcialmente, das diversas formas de relações**

[5] Por exemplo, o processo nº0000105-14.2011.5.04.0241, no qual houve o reconhecimento de jornada excessiva de trabalho (ESCOLA JUDICIAL DO TRT 4ªREGIÃO, 2012, p. 24).

> **sociais fora do ambiente de trabalho (familiares, atividades recreativas e extra laborais), ou seja, que obstrua a integração do trabalhador à sociedade, ao frustrar o projeto de vida do indivíduo, viola o direito da personalidade do trabalhador e constitui o chamado dano existencial.** 4. Na hipótese dos autos, a reclamada deixou de conceder férias à reclamante por dez anos. A negligência por parte da reclamada, ante o reiterado descumprimento do dever contratual, ao não conceder férias por dez anos, violou o patrimôniojurídico personalíssimo, por atentar contra a saúde física, mental e a vida privada da reclamante. Assim, face à conclusão do tribunal de origem de que é indevido o pagamento da indenização, resulta violado o art. 5º, X, da Carta Magna. Recurso de Revista conhecido e provido, no tema. Grifos no original (REVISTA ELETRÔNICA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DO PARANÁ, 2013).

Atento a esta questão, Hidemberg Alves da Frota assinala que o dano à existência humana constitui espécie de lesão que:

> (...) acarretaà vítima, de modo parcial ou total, a impossibilidade de executar, dar prosseguimento ou reconstruir o seu **projeto de vida** (nadimensão familiar, afetivo-sexual, intelectual, artística, científica, desportiva, educacional ou profissional, dentre outras) e a dificuldade de retomar sua **vida de relação** (de âmbito público ou privado, sobretudo na seara da convivência da família ou social) - (FROTA, 2011).

Assim, nos termos explanados pelo referido pesquisador, seriam dois os alicerces que sustentam o dano existencial, quais sejam: ofensa a um **projeto de vida** - metas, objetivos e ideias que deem sentido à sua existência - e um prejuízoà sua **vida de relação**, a qual diz respeito ao conjunto de relações interpessoais, nos mais diversos ambientes e contextos, que permite ao ser humano estabelecer a sua história vivencial e se desenvolver de forma ampla e saudável, ao comungar com seus pares a experiência humana, compartilhando pensamentos, sentimentos, emoções, hábitos, reflexões, aspirações, atividades e afinidades, e crescendo, por meio do contato contínuo em torno da diversidade de ideologias, opiniões, mentalidades, comportamentos, culturas e valores ínsitos à humanidade (FROTA, 2011).

Realizando uma pequena reflexão acerca deste conceito, basta imaginar que um trabalhador estivesse inserido em um meio ambiente de trabalho totalmente desequilibrado, infestado de agentes perigosos e insalubres. Certo dia, ao desempenhar sua atividade laboral, acaba sofrendo um acidente que lhe gera grave sequela física, especificamente a perda dos seus membros inferiores.

Note que a partir deste momento, o trabalhador não poderá mais realizar diversas atividades, adquirindo possivelmente um estado de inaptidão para o trabalho.

Mas, observe que não é só, além de perder a sua capacidade laborativa, o trabalhador provavelmente deixaria de viajar de carro em suas férias (vez que igualmente inapto à direção de veículo automotor), deixaria de visitar amigos e parentes próximos (haja vista as dificuldades físicas que veio a adquirir), deixaria de acompanhar sua esposa em eventos, seria incapaz de realizar atividades físicas anteriormente comuns em sua rotina e, enfim, sua vida mudaria drasticamente a partir do acidente ocorrido.

Nos dizeres de Flaviana Rampazzo, ao citar um caso de acidente automobilístico ocorrido nos Estados Unidos, o indivíduo:

> (...) não mais conseguiu fazer brincadeiras com o netos que lhe exigiam movimentos mais bruscos – brincadeiras simulando lutas, por exemplo – e ficou privado, também, da possibilidade de realizar atividades antes comuns, como cortar grama e auxiliar os filhos nas reformas das suas casas. Portanto, inúmeras atividades antes comuns e prazerosas ao lesado foram suprimidas em razão da conduta ilícita do ofensor (SOARES, 2009, p. 50).

Percebe-se então que não se trata pura e simplesmente de uma alteração negativa do ânimo daquele que sofre o dano, tal qual se observa no dano moral, e sim uma sequência de relações que foram alteradas após a ocorrência do fato ocorrido, alterando-se substancialmente a forma daquele indivíduo lidar com as situações cotidianas e com o mundo exterior.

Assim, não se está falando de dor ou sofrimento que lhe foi causado ao se acidentar durante o trabalho - conforme exemplo adotado nesta oportunidade -, e sim uma série de problemas sérios que decorrem do acidente. Em suma, existem diferenças gritantes entre o conceito de dano moral e dano existencial, porque, enquanto este é essencialmente um "*sentir*", aquele é um "*não mais poder fazer*", um "*dever de agir de outra forma*", um relacionar-se diversamente, em que ocorre uma limitação do desenvolvimento normal da pessoa (CASSANO*apud* SOARES, 2009, p. 41).

Nesta senda, deve-se ponderar finalmente que o instituto ora estudado está intimamente ligado à existência da pessoa humana, o que, por corolário lógico, nos remete ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, tornando-se imperioso transcrever o seguinte trecho de uma das obras do saudoso Ingo Wolfgang Sarlet :

> (...) onde não houver respeito pela vida e pela integridade física do ser humano, onde as condições mínimas para uma existênciadigna não forem asseguradas, onde a intimidade e a identidade do indivíduo forem objeto de ingerências indevidas, onde sua igualdade relativamente aos demais não for garantida, bem como não houver limitação do poder, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana, e esta não passará de mero objeto de arbítrio e injustiças (SARLET, 2006, p. 110-111)."

De tal sorte, vale registrar que não se trata de uma invenção doutrinária ou jurisprudencial, e sim de um exemplo claro de que os direitos que nos foram consagrados constitucionalmente estão sendo aplicados, valorizando-se os ideais de justiça, igualdade e dignidade humana.

Reconhece-se, assim, o dano existencial como um instituto absolutamente aplicável ao ordenamento jurídico brasileiro, notadamente à seara trabalhista, representando uma categoria de dano imaterial independente daqueles já incorporados ao mundo jurídico.

4 A importância de um meio ambiente do trabalho equilibrado

Em última análise, defende-se que a tutela por um meio ambiente de trabalho equilibrado é medida de fundamental importância para a prevenção de acidentes de trabalho e danos que deles decorrem, como a morte ou a incapacidade laborativa prematura.

Nota-se que nem sempre houve uma preocupação do empregador com o ambiente laboral, sendo certo que foi apenas a partir do surgimento das leis trabalhistas que esta realidade passou a ser modificada, especialmente a partir da percepção de que os empregados teriam direito não apenas à uma remuneração justa ou jornada de trabalho adequada, e sim, a um ambiente laboral livre de agentes perigosos ou que viessem a causar prejuízos à sua saúde.

O art. 225 da Constituição Federal estatui que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Percebe-se então que "meio ambiente" foi genericamente definido pelo legislador constitucional exatamente por considerar a existência de diferenças e particularidades entre os indivíduos da sociedade.

Assim, estaindeterminação conceitual seria proposital, pois na medida de sua amplitude, cria um espaço positivo de incidência da norma, ou seja, ao revés, se houvesse uma definição precisa do que seja meio ambiente, numerosas situações, que normalmente seriam inseridas na órbita do conceito atual de meio ambiente, poderiam deixar de sê-lo, pela eventual criação de um espaço negativo inerente a qualquer definição (PADILHA, 2002, p. 21).

Independentemente do sentido que lhe for atribuído, impõe-se o entendimento de que a ideia de um meio ambiente equilibrado estaria ligada à questão da qualidade de vida, isto é, condições favoráveis para que o indivíduo pudesse conviver em comunidade de forma harmônica e, dentro da perspectiva laboral, também pudesse desenvolver suas atividades de trabalho em um ambiente adequado.

De tal forma, o meio ambiente de trabalho seria o local onde as atividades laborais são desenvolvidas, o que compreende, é claro, todos os elementos presentes no complexo empresarial, tais como: as edificações do estabelecimento, equipamentos de proteção individual, iluminação, conforto térmico, instalações elétricas, condições de salubridade ou insalubridade, de periculosidade ou não, meios de prevenção à fadiga, outras medidas de proteção ao trabalho, jornadas de trabalho e horas extras, intervalos, descansos, férias, movimentação, armazenagem e manuseio de materiais que formam o conjunto de condições de trabalho (NASCIMENTO, 1999, p. 585).

Seguindo este raciocínio, é fundamental reconhecer que ao longo dos tempos, paulatinamente, foram sendo criados mecanismos para implementação deste conceito de prevenção ligado ao meio ambiente do trabalho. A própria Consolidação das Leis do Trabalho, datada do ano de 1943, preocupou-se em reconhecer mecanismos preventivos no que tange à segurança e saúde dos trabalhadores (arts. 154 a 223).

Como resultado, a título exemplificativo, foram criadas as Normas Regulamentadoras (NRs), a Comissão Interna de Prevenção de Acidentes (CIPA), os Serviços Especializados em Engenharia de Segurança e Medicina do Trabalho (SESMT), o

Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional (PCMSO) e o Programa de Prevenção de Riscos Ambientais (PPRA).

Contudo, pode-se dizer que foi principalmente a partir da década de 60 que a questão ambiental passou a ser amplamente discutida, resultando na edição de diversas Declarações, Tratados e Convenções sobre o tema, sobretudo quando a Organização Internacional do Trabalho (OIT) afirmou estatisticamente que nada menos que 95% dos danos ambientais causados aos mais diversos ecossistemas naturais se originavam no microambiente do trabalho, fazendo-se necessário, o mais rápido possível, dar-se plena eficácia ao princípio da prevenção, de maneira que a variável ambiental trabalhista também fosse levada em conta nos estudos de viabilidade dos empreendimentos e nas ações estratégicas do setor público e privado que implicassem interferências no meio ambiente como um todo, sob pena de não imprimir sua defesa eficaz (FERNANDES, 2009, p. 12).

Desta forma, ganharam peso as estratégias de gestão ambiental das empresas, principalmente após o acontecimento de grandes catástrofes como a dos acidentes ocorridos em Bhopal, na Índia, Chernobyl, na ex-URSS, e o de Three-Miles Island, nos EUA, tendo em vista que nestas ocasiões os riscos foram muito além do meio ambiente do trabalho, atraindo a atenção universal por terem invadido o meio ambiente natural.

Esta noção se estende aos dias atuais, sendo certo que ainda há muito o que se fazer e que as estatísticas não são nada favoráveis.

Dados da FUNDACENTRO apontam quea cada ano, acidentes não fatais totalizam 317 milhões, o que equivaleria a mais de 2.800 Maracanãs lotados ou quase 24 cidades de São Paulo. Um relatório publicado pela OIT no ano de 2013 aponta que 3 vidas são perdidas por minuto em acidentes de trabalho pelo mundo e 5 mil por dia. Isto representa a morte de cerca de 2,34 milhões de pessoas a cada ano em acidentes de trabalho e doenças ocupacionais (FUNDACENTRO, 2015).

A realidade brasileira não é diferente, país no qual apenas nos últimos 44 anos foram registrados 39.623.216 (trinta e nove milhões, seiscentos e vinte e três mil, duzentos e dezesseis) acidentes de trabalho, 591.992 (quinhentos e noventa e um mil, novecentos e noventa e duas) incapacidades permanentes e 161.380 (cento e sessenta e um mil, trezentos e oitenta) óbitos de trabalhadores (REVISTA PROTEÇÃO, 2015).

Dados mais recentes do Brasil, publicados no Anuário Estatístico da Previdência Social em 2013, relatam que foram registrados 717.911 (setecentos e dezessete mil, novecentos e onze) acidentes de trabalho, dos quais 14.837 (quatorze mil, oitocentos e trinta e sete) resultaram em incapacidade permanente e 2.797 (dois mil, setecentos e noventa e sete) óbitos (PREVIDÊNCIA SOCIAL, 2013).

Isto, é claro, sem contar os casos não notificados oficialmente, tendo em vista a informalidade presente em muitas formas de trabalho e também que muitas empresas também não emitem a CAT (Comunicação de Acidente de Trabalho).

Em termos pecuniários, deixando-se de avaliar por ora o prejuízo emocional trazido aos trabalhadores e seus familiares, é interessante destacar ainda que o Ministério da Previdência estima que atualmente se gaste cerca de R$ 70 bilhões por ano em razão de acidentes de trabalho (MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA, 2014).

De tal arte, avalia-se que a dimensão dessas cifras demonstra a premênciana adoção de políticas públicas voltadas à prevenção e proteção contra os riscos relativos às atividades laborais. Muito além dos valores pagos, a quantidade de casos, assim como a gravidade geralmente apresentada como consequência dos acidentes do trabalho e doenças profissionais, ratificam a necessidade emergencial de construção de políticas públicas e implementação de ações para alterar esse cenário.

Estima-se que, dentre as principais causas destes acidentes, estariam maquinário velho e desprotegido, tecnologia ultrapassada, mobiliário inadequado, ritmo acelerado, assédio moral, cobrança exagerada e desrespeito a diversos direitos.

Acordando com esta afirmação, o jurista Arnaldo Sussekind, citado por Fábio Fernandes, frisa que muitas dessas mortes e incapacitações poderiam ser evitadas, pois, segundo revelou a OIT, cerca de 80% dos acidentes de trabalho poderiam ser prevenidos se todos aplicassem as melhores estratégias sobre a segurança e a saúde no trabalho (FERNANDES, 2009).

Lado outro, no concerne às doenças ocupacionais, cumpre ressaltar que Lesões por Esforço Repetitivo e Distúrbios Osteomusculares Relacionados ao Trabalho (LER/Dort) também poderiam ser evitados a partir de medidas simples, como orientações ergonômicas gerais, adequação do mobiliário e dosagem da carga de trabalho.

Neste diapasão, deve-se registrar que os malefícios causados aos trabalhadores se materializam em diversos outros tipos de danos, tais como sofrimento físico e mental, cirurgias e remédios de uso contínuo, próteses e assistência médica, fisioterapia e assistênciapsicológica, dependência de terceiros para acompanhamento e locomoção, diminuição do poder aquisitivo, desamparo à família, estigmatização do acidentado, desemprego, marginalização, depressão e traumas.

Assim, tendo em vista que tais danos podem resultar na impossibilidade de realização de atividades profissionais habituais, além do exercício de tarefas singelas do dia-dia ou atividades de lazer, certamente poderia restar configurado um dano existencial.

É inegável que temos hoje uma legislação comprometida com os valores éticos e essenciais à realização das dimensões mais sensíveis do homem. No entanto, por outro lado, também temos uma realidade cruel, que transita ao longe da superfície da ordem jurídica e das práticas que legitimam uma sociedade democrática e socialmente justa (FERREIRA, 1999, p. 56).

Atento à esta realidade, no mês de abril de 2015 o MTE anunciou a "Estratégia Nacional para Redução de Acidentes do Trabalho" e promoveu a adesão do Governo Federal ao movimento Abril Verde – uma articulação nacional que busca a conscientização de trabalhadores e patrões para a melhoria das condições de trabalho e de saúde do trabalhador. O objetivo desta estratégiaé ampliar as ações do MTE para redução dos acidentes e doenças de trabalho no Brasil (MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO, 2015).

De tal arte, chega-se a um consenso de que é realmente importante zelar por um ambiente empresarial adequado, até porque esta questão estásistematicamente ligada à diversos outros problemas sociais existentes, sendo salutar para aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana e de outras garantias constitucionais que se dê efetividade às medidas preventivas de saúde e segurança no trabalho.

Tanto empregados como empregadores devem estar conscientes de que a construção de um ambiente laboral equilibrado é indispensável para a prevenção de danos que podem trazer prejuízosirreparáveis à integridade física e mental dos trabalhadores, refletindo diretamente em custos para a empresa e para a sociedade, além de serem potenciais causadores de uma variada gama de danos, dentre eles, os danos existenciais.

5 Considerações finais

Inicialmente, é oportuno registrar que a abordagem histórica realizada no trabalho é essencial para relatar todos aqueles problemas que ocorriam nos séculos passados - com a excessiva valorização das máquinas e da economia capitalista – e que refletiram na forma como o ordenamento jurídico trabalhista foi construído.

Pode-se dizer também que foram estas péssimas condições de trabalho, acompanhadas pela evolução do próprio direito, que fizeram com que os olhares do mundo jurídico se voltassem para a necessidade de proteção da pessoa humana.

Neste sentido, espera-se que o leitor tenha compreendido que os danos existenciais surgem dentro de tal contexto, representando uma categoria de danos imateriais independente e que está ancorada em dois requisitos principais, quais sejam, prejuízo a um projeto de vida pessoal ou à vida de relação do indivíduolesado.

Vive-se um momento de grande instabilidade econômica, sendo bastante compreensível que temas que envolvem a precarização e flexibilização das relações de trabalho acabam recebendo notávelrepercussão dentro da esfera legislativa. Talvez seja esta uma das razões que motivaram o autor a enfatizar a importânciahistórica das leis trabalhistas e, dentro desta perspectiva, também da construção de um meio ambiente do trabalho equilibrado.

De tal sorte, diante de todos os números apresentados, defende-se que o melhor remédio contra os acidentes, doenças e mortes que decorrem do trabalho continua sendo a prevenção.

Muitos destes problemas ligados ao trabalho, indubitavelmente desencadearão em danos existenciais, de modo a sobrelevar a seguinte questão: o reconhecimento deste novo instituto não estaria fragilizando os alicerces da responsabilidade civil?

A resposta para esta pergunta deverá vir do próprio Poder Judiciário, que deverá impedir a banalização do dano existencial, analisando criteriosamente cada caso antes de deferir o pedido e fixar o *quantum*indenizatório. Desta forma, é certo que nem toda lesão deverá ocasionar o dano existencial, sendo esta a principal percepção para diferenciar tal instituto daqueles que já vem sendo amplamente aplicados, como o dano moral.

Por este prisma, espera-se que o leitor tenha compreendido a importância da construção de um meio ambiente de trabalho equilibrado, que além de proporcionar uma maior qualidade de vida e dignidade aos trabalhadores, também auxiliará na redução de despesas que, de uma forma ou de outra, serão arcadas pela própria sociedade.

6 Referências Bibliográficas

ESCOLA JUDICIAL DO TRT 4ª REGIÃO. **Acórdãos, Sentenças, Ementas, Artigos e Informações.** Rio Grande do Sul: Escola Judicial, 2012.

FERNANDES, Fábio. **Meio ambiente geral e meio ambiente do trabalho: uma visão sistêmica.** São Paulo: LTr, 2009.

FERREIRA, Marcus Moura. **O direito ao trabalho no conjunto mais amplo dos direitos humanos: aspectos de sua proteção jurídica no direito constitucional brasileiro.** Revista do Tribunal Regional do Trabalho 3a. Região. Belo Horizonte, v.30, n.60, p.181-207, jul.dez.1999.

FROTA, Hidemberg Alves da. **Noções fundamentais sobre o dano existencial.** Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 3046, 3 nov. 2011. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/20349> Acesso em: 13 nov. 2014.

FUNDACENTRO. **Fundacentro Apoia Movimento Abril Verde.**Disponível em: <http://www.fundacentro.gov.br/noticias/detalhe-da-noticia/2015/3/fundacentro-apoia-movimento-abril-verde> Acesso em: 03/04/2015

GREY, Natália de Campos. **Os novos danos. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2109, 10 abr. 2009.**Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/12600> Acesso em: 13 nov. 2014.

LORA, Ilse MarcelinaBernardi. **O dano existencial no direito do trabalho. Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária.** Porto Alegre, v. 24, n. 284, p. 9-21, fev. 2013.
MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho.** São Paulo: Atlas, 2009.

MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. **MTE Anuncia Estratégia Nacional para Redução dos Acidentes de Trabalho.** Disponível em <http://portal.mte.gov.br/imprensa/mte-anuncia-estrategia-nacional-para-reducao-de-acidentes-do-trabalho.htm> Acesso em: 10/04/2015.

MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. **BRASIL ANUNCIA estratégia PARA REDUZIR ACIDENTES DE TRABALHO.** Disponível em <http://www.brasil.gov.br/economia-e-emprego/2015/03/governo-anuncia-estrategia-para-reduzir-acidentes-de-trabalho> Acesso em: 03/04/2015.

MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA. **País gasta cerca de R$ 70 bilhões com acidentes de trabalho.** Disponível em <http://www.brasil.gov.br/saude/2012/04/pais-gasta-cerca-de-R-70-bilhoes-com-acidentes-de-trabalho> Acesso em: 26/05/2014.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho.** São Paulo: Atlas, 2001.

PADILHA, Norma Sueli. **Do Meio Ambiente do Trabalho Equilibrado**. 1º ed., Ed. LTR, 2002.

PREVIDÊNCIA SOCIAL. **Estatísticas Previdência Social.** Disponível em <http://www.previdencia.gov.br/estatisticas/> Acesso em: 26/05/2014.
REVISTA ELETRÔNICA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DO PARANÁ. **Dano Existencial.**Curitiba: Escola Judicial, set. 2013.

REVISTA PROTEÇÃO. **Anuário Brasileiro de Proteção 2015.** Disponível em: <http://www.protecao.com.br/materias/anuario_brasileiro_de_p_r_o_t_e_c_a_o_2015/brasil/AJyAAA >. Acesso em 10/03/2015.

ROMITA, ArionSayão. **Direitos Fundamentais nas relações de trabalho.** 5ª ed. Ver. e aumentada – São Paulo: LTr, 2014.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **O empregado e o empregador no Direito Brasileiro.** 1º Volume, 2ª edição. José Konfino Editor, 1954.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SOARES, Flaviana Rampazzo. **Responsabilidade Civil por Dano Existencial.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SUSSEKIND, Arnaldo. **Direito Constitucional do Trabalho.** Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

VICENTINO, Claudio; DORIGO, Gianpaolo. **História geral e do Brasil.** São Paulo: Scipione, 2001.

DE *CUPIDITAS RERUM* A *IUSTUM BELLUM*: A CATEGORIA DE CONFLITO EM SANTO AGOSTINHO

Anna Clara Lehmann Martins[*]

Palavras-chave: Santo Agostinho; conflito; *cupiditas rerum*; *iustum bellum*; *De Civitate Dei*.

Resumo: O presente trabalho busca verificar como a categoria de conflito se articula em Santo Agostinho, sem a pretensão de identificar conceituações diretas, mas no sentido de observar sob quais formas a categoria de conflito se torna presente no pensamento agostiniano – e como essas formas se relacionam entre si. De modo a executar essa proposta, é empregada pesquisa bibliográfica em fontes primárias e secundárias, privilegiando-se a análise de trechos de *De Civitate Dei*, "Da Cidade de Deus", obra agostiniana cuja escolha se justifica pela presença pronunciada de tópicos afeitos à categoria de conflito, desde o pecado do homem singular até o enfrentamento bélico entre grandes contingentes. A análise permitiu verificar que, dentro do panorama ordenado de coexistência da esfera mundana e da esfera espiritual – conforme concebido por Agostinho, pode ser vislumbrado vínculo de continuidade entre dimensão individual e dimensão social de conflito. Ainda, foi observado que, enquanto na maior parte das vezes Agostinho vincula conflito a um comportamento negativo (pecado, *cupiditas rerum*, amor excessivo às coisas mundanas, p. ex.), há também espaço para abordagens mais positivas sobre o conflito em seu pensamento (*iustum bellum*, guerra justa, p. ex.).

Keywords: Saint Agostinho; conflict; *cupiditas rerum; iustum bellum; De Civitate Dei.*

Abstract: This study aims to verify how the category of conflict is articulated in St. Augustine's thought, without the intention of identifying direct conceptualizations, but rather of observing ways in which the category of conflict is present in Augustinian thinking - and how these forms relate with each other. In order to perform this proposal, we

[*] Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, na área de Direito e Relações Internacionais. Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal de Santa Maria. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa em História da Cultura Jurídica – *Ius Commune* (UFSC/CNPq), coordenado pelo Prof. Dr. Arno Dal Ri Jr. Bolsista da CAPES. Lattes: http://lattes.cnpq.br/8850449779801389.

employed bibliographical research on primary and secondary sources, giving privilege to the analysis of De Civitate Dei ('The City of God') sections, the choice of which is justified by the presence of many topics related to the category of conflict, from the sin of the singular man to the military confrontation between large numbers. Analysis permitted to verify that, in the ordered panorama of coexistence between spiritual and mundane realms – as conceived by Augustine, it can be perceived a bond of continuity between individual and social dimensions of conflict. Also, it was observed that, while most of the times Augustine links conflict to a negative behaviour (sin, cupiditas rerum, excessive love for mundane things, e.g.), there is also room for more positive approaches on conflict in his thought (iustum bellum, just war, e.g.).

1 Introdução

Investigar como a categoria de conflito aparece no pensamento de Santo Agostinho, especialmente no que importa às relações internacionais, é tarefa no mínimo desafiadora. E aqui não nos referimos tanto à obra agostiniana em sua extensão – por si só intimidante, sem se considerar tudo que já se escreveu sobre ela em dezesseis séculos. Apontamos antes para o desafio imposto à própria forma com que estamos acostumados a observar o conflito.

É forçoso reconhecer que nossas lentes são de fabricação moderna. Habituamo-nos a contemplar o passado utilizando categorias como Estado, sociedade[1], realismo e liberalismo, sem dar atenção suficiente aos riscos que o anacronismo pode trazer para a análise histórica. Mas essa é apenas a superfície da questão. O ponto de fato problemático reside em que nosso esforço dito científico prima pela classificação – ou seja, pela separação entre os fenômenos[2] –, em detrimento de uma percepção mais ampla, que contemple

[1] Encontramos essa prática em Paradisi (1974a; 1974b), pesquisador italiano do século XX, dedicado ao estudo da história do direito. Em suas investigações sobre história do direito internacional na Antiguidade e na Idade Média, Paradisi não hesita em tratar o Império Romano como "Estado Imperial", e a *Respublica Christiana* como uma "sociedade internacional", composta por "Estados autônomos".

[2] Aqui, nossa referência é ao pensamento cartesiano e à sua ênfase sobre o procedimento de análise – a quebra do objeto em partes menores – para auferição do conhecimento. Para uma descrição detalhada sobre o procedimento e outras operações correlatas, veja-se Descartes (2003). Em que pese a grande carga de influência que ainda exerce sobre aquilo que hoje se entende por metodologia científica, cabe ressaltar que o

vínculos entre as dimensões envolvidas. Não à toa, está bem presente em nosso imaginário que o conflito internacional pertence a um compartimento específico – trata-se do conflito entre Estados –, bastante distante do âmbito dos conflitos privados, entre indivíduos. E a tarefa de classificação não estaria completa sem um esforço final de síntese: é preciso acolher todas essas gavetinhas teóricas em um conceito pretensamente universal – o que já foi tentado por alguns teóricos[3]. Tal conceito, entretanto, não tarda a se revelar uma frágil liga entre vários elementos fragmentados, devidamente rotulados, é certo, mas inevitavelmente dispersos.

Investigar o pensamento de Santo Agostinho, nesse sentido, afigura-se excitante porque, ademais de se servir de categorias inusitadas para o tratamento da problemática do conflito (p. ex., *cupiditas rerum*, o amor pelas coisas terrenas), a perspectiva agostiniana distingue-se pelos vínculos que estabelece entre dimensões que a modernidade nos fez crer que nasceram separadas, como a dimensão individual e a dimensão social e, principalmente, a dimensão mundana e a dimensão espiritual. Tal perspectiva nos permite vislumbrar o modo complexo com que as relações entre unidades políticas eram encaradas durante a Idade Média[4] e, para além disso, confere contornos mais vivos à ruptura que foi operada com o advento da era moderna, ensejando, por isso mesmo, uma renovada oportunidade de crítica aos cânones contemporâneos[5].

pensamento cartesiano é objeto de duras críticas. Veja-se, por exemplo, Morin (2007), que, ao introduzir a categoria de complexidade, sugere não o fracionamento do objeto, mas a apreciação das relações de que o objeto faz parte, sejam elas parte-parte ou parte-todo.

[3] Entre esses teóricos, destaca-se a figura de Entelman (2002), que, ao promover uma teoria geral sobre o conflito, descreve-o como um tipo de relação social cujos sujeitos buscam objetivos incompatíveis entre si.

[4] Por certo que as construções teológico-filosóficas de Santo Agostinho exerceram marcante influência sobre o pensamento medieval posterior. Entretanto, esse aspecto não deve ofuscar outro igualmente importante, qual seja, o fato de que o pensamento agostiniano não foi absorvido de forma uniforme ou estritamente fiel às intenções originais do Bispo de Hipona. Na pena de intérpretes subsequentes, esse pensamento sofreu paulatinas transformações, redundando em construções novas, denominadas por certos autores (p. ex., Arquillière [1934], sob a perspectiva política, e Villey [2009], sob a perspectiva jurídica) como "agostinismos".

[5] Ao dizer isso, estamos longe de postular a superioridade dos esquemas de pensamento medievais ou a viabilidade de sua aplicação ao tempo presente. Aquilo que defendemos é antes o caráter não absoluto das construções – em especial, as jurídicas – da modernidade, priorizando a possibilidade de pensar o diferente, na esteira de Grossi (2014, p. 25): "[o] historiador, dotado de memória e consciente da variedade das experiências passadas, tem o direito e o dever invioláveis de lembrar a todo jurista que tal estrutura [jurídica], mesmo aquela que nos circunda e que, portanto, pode parecer natural e imutável, constitui apenas o fruto de um modo muito recente e peculiar de entender o direito, e que não é lícito imobilizá-lo numa espécie de modelo.".

O presente trabalho busca, assim, verificar como a categoria de conflito se articula em Santo Agostinho, sem a pretensão de identificar conceituações diretas, mas no sentido de observar sob quais formas a categoria de conflito se torna presente no pensamento agostiniano – e como essas formas se relacionam entre si. De modo a executar essa proposta, é empregada pesquisa bibliográfica em fontes primárias e secundárias, privilegiando-se a análise de trechos de *De Civitate Dei*, "Da Cidade de Deus", obra da madurez de Agostinho, bastante referenciada em estudos contemporâneos de direito internacional medieval[6], cuja escolha, no presente contexto, justifica-se pela presença pronunciada de tópicos afeitos à categoria de conflito, desde o pecado do homem singular até o enfrentamento bélico entre grandes contingentes, em uma exposição que, dentro do panorama ordenado de coexistência da esfera mundana e da esfera espiritual, põe em claro o vínculo de continuidade entre dimensão individual e dimensão social. Adicione-se que a grande quantidade de menções sintéticas em *De Civitate Dei* a temas caros a Agostinho, como ordem, livre-arbítrio e caridade, viabiliza enlaces fecundos com a pletora de escritos anteriores do Bispo de Hipona.

2 De *cupiditas rerum* a *iustum bellum*: a categoria de conflito em Santo Agostinho

Pensar a categoria de conflito em Santo Agostinho[7] envolve necessariamente pensar a categoria de ordem. A ordem é um componente, ou antes, uma estrutura básica do pensamento agostiniano, cuja (oni)presença assinala a marcante influência que o

[6] Consulte-se o já citado Paradisi (1974a; 1974b) e, mais recentemente, Dal Ri Jr. (2004) e Barberini (2012).

[7] Antes de prosseguir, parece relevante tecer algumas considerações biográficas sobre Santo Agostinho, uma figura singular da Antiguidade Tardia e, podemos dizê-lo com segurança, da história da civilização cristã. Aurélio Agostinho (354-430), Bispo de Hipona, nasce em Tagasta, na África Romana. Como jovem professor de retórica em Cartago, nutre tendências maniqueístas, e depois o sonho de viver o ócio dos filósofos gregos. Sob influência de Ambrósio, Bispo de Milão, e em resposta às orações de Mônica, sua mãe, converte-se ao cristianismo. Já como Bispo de Hipona, desdobra-se entre os afazeres administrativos e as polêmicas contra movimentos heréticos. Toda a sua oscilante trajetória pessoal é acompanhada de uma fecunda produção filosófica e teológica. Para maiores detalhes sobre a biografia de Agostinho, veja-se, por todos, Brown (2000). O mesmo estudioso, na esteira de Marrou (1977), também é responsável por uma série de investigações sobre o período histórico de Agostinho, a Antiguidade Tardia, cuja consulta pode ser útil à compreensão do pensamento agostiniano. Para isso, veja-se Brown (1982; 1993; 1995; 2013). Por fim, para uma introdução temática à obra de Agostinho, cabe sempre lembrar os estudos clássicos de Gilson (1983) e Flasch (1983).

neoplatonismo[8] exerce sobre Agostinho. Trata-se da forma como a realidade é: ordenada. Todas as coisas que existem são abraçadas por esse tecido ontológico, inescapável. Se algo existe, é porque possui seu lugar na ordem. Do contrário, não existiria. É nesse sentido que Agostinho (2012b, p. 477; *De Civitate Dei*, XIX, 13) afirma que "[...] [a] ordem é a disposição que às coisas diferentes e às iguais determina o lugar que lhes corresponde".

No centro da ordem, a par dos mínimos fios que compõem – e dispõem – a tecelagem do real, está ele, Deus: "[...] [d]essas transformações [da natureza] nada se subtrai às leis do supremo Criador e Ordenador, que governa a paz do universo." (AGOSTINHO, 2012b, p. 476; *De Civitate Dei*, XIX, 12). É de Deus que advém a ordem e, diversamente do que ocorre com as leis humanas, ela não se confunde com uma afirmação de vontade que pode ser burlada. Em Deus, a vontade é criadora: a ordem existe, e não há como escapar dela – a menos que se adentre no terreno da não existência. Por ser emanada de Deus, a ordem, em sua universalidade, é dotada de harmonia. Aquele que ousa apontar para alguma suposta desproporção é, na verdade, vitima da distorção do próprio ponto de vista, o qual, por ser literalmente particular, isto é, pertencente à parte, está inabilitado a enxergar a beleza do todo, acessível somente ao Ordenador[9].

Mas se poderia objetar: e o conflito? Não seria ele uma perturbação da ordem? Para respondê-lo, há que se ter em conta que, em Agostinho, a ideia de ordem possui estreita conexão com a ideia de paz. Aquilo que existe possui um lugar na ordem, e se possui um lugar, isso implica que está em paz com ele. Tal lógica é válida para tudo o que existe, mesmo se se trata de algo tão avesso à ideia de paz, como é o caso do conflito: "[...] [o] antinatural ou contrário à ordem há de necessariamente estar em paz em alguma, de

[8] Embora seja frequentemente lembrado pela carga neoplatônica de que reveste seus escritos cristãos, é oportuno recordar que o espectro de influências de Agostinho é mais aberto e variado do que comumente se pensa: além de Plotino, há espaço para Cícero, Tertuliano, Orígenes e Ambrósio, para citar apenas alguns. A fim de alcançar um panorama geral e contextualizado das influências filosóficas de Agostinho, recomenda-se a consulta a Rist (1994). Análises específicas da influência de Orígenes sobre o pensamento agostiniano podem ser conferidas em Heidl (2009) e Ramelli (2013).

[9] Esse pensamento é desenvolvido especialmente em *De Ordine*, II, iv, 11. Também aparece em *De Civitate Dei*, dessa vez de forma sintética: "[...] Deus, Criador de todas as coisas, conhece onde, quando e o que é ou foi oportuno criar e, ademais, conhece a beleza do universo e a semelhança ou diversidade das partes que a compõem. A quem é incapaz de contemplar o conjunto choca certa desproporção em determinada parte, por ignorar a que parte se adapta e a que diz relação." (AGOSTINHO, 2012b, p. 275; *De Civitate Dei*, XVI, 8).

alguma e com alguma parte das coisas em que é ou de que consta. Do contrário, deixaria de ser." (AGOSTINHO, 2012b, p. 475; *De Civitate Dei*, XIX, 12).

Como exemplo, pode-se tomar o pecado. É possível pensá-lo como um conflito de dimensão individual, ocorrido entre a vontade do ser humano singular e a vontade de Deus inscrita nos mandamentos. A consonância entre essas duas vontades representa um movimento para o qual o homem estava inicialmente ordenado: sua aproximação do bem que só pode vir de (e que na verdade é o próprio) Deus. Diversamente, o embate entre essas vontades, isto é, o pecado, marca o distanciamento entre criador e criatura, dando lugar a um elemento estranho na ordem: a privação do bem ou, mais sucintamente, o mal. Recorde-se que Agostinho encara o mal como estranho pelo fato de não constituir criação de Deus, mas do homem, em abuso de seu livre-arbítrio[10]. Por conta dessa estranheza, estaria o mal rompendo com a ordem? Agostinho o nega com veemência, pois a justiça que é inerente à ordem tem o papel de reconduzir esse elemento ao seu devido lugar[11]. Essa recondução se vê concretizada na imediata punição do pecador – e aqui não fazemos referência a castigos prontamente visíveis. O castigo a que aludimos já está contido na própria ação de pecar, uma vez que criar o mal, em Agostinho, é sinônimo de privar-se da única fonte de felicidade que é o bem. Assim, sob os gonzos ordenadores da justiça divina, o pecador, pecando, fica automaticamente em paz com seu novo lugar na ordem: a miserabilidade. Realizada essa pequena exposição, espera-se ter demonstrado que o conflito, aqui ilustrado pela situação de pecado, está, de fato, contido no cenário ordenado de Agostinho[12].

[10] O argumento sobre a origem não divina do mal distingue Agostinho da tradição de pensamento maniqueísta, podendo ser conferido em detalhes na obra *De Libero Arbitrio*.

[11] Agostinho põe essa ideia nos lábios de Mônica, em *De Ordine*: "[e]ntão, a minha mãe disse: 'Não penso que nada pudesse ser feito fora da ordem de Deus, porque esse mesmo mal que nasceu, de nenhum modo nasceu pela ordem de Deus, mas aquela justiça não permitiu que estivesse desordenado: reconduziu-o a si e obrigou-o a entrar na ordem que merece'" (AGOSTINHO, 2000, p. 185; *De Ordine*, II, vii, 23).

[12] Sublinhe-se que, para Agostinho, o pecado não é necessário à ordem, mas, uma vez instalado nela, enseja a necessidade da pena, a fim de que seja mantido o justo equilíbrio que é próprio da ordem: "[...] não são os pecados mesmos, nem as desgraças mesmas, que são necessários à perfeição do universo, mas as almas enquanto almas, as quais se não quiserem pecar, não pecam, mas tendo pecado tornam-se infelizes. Se, absolvidos os seus pecados, a sua miséria continuasse, ou mesmo se esta precedesse qualquer pecado, com razão seria dito que uma brecha foi introduzida na ordem e no governo do universo. Por outro lado, caso se cometam pecados, mas não exista a pena, a ordem ficaria igualmente abalada pela injustiça." (AGOSTINHO, 1995b, p. 179; *De Libero Arbitrio*, III, 9, 26).

Faz-se necessário, agora, adicionar um novo elemento às nossas considerações: o amor. Trata-se de outra categoria de suma importância para Agostinho, em estreita relação com a noção de ordem: o amor é o peso que dá movimento às coisas dentro da ordem, é o peso que direciona cada coisa ao lugar que lhe é próprio[13]. No entanto, importa destacar que o que confere uma direção específica a esse peso é o conteúdo do amor. E, nesse sentido, amores diferentes redundarão em direções diferentes e, consequentemente, lugares de destino diferentes dentro da ordem.

Essa articulação, por óbvio, toma como ponto de partida a dimensão individual, afinal o amor surge de relações encetadas pelo homem singular. Entretanto, ao se levar em consideração que, para Agostinho, o povo é definido como "o conjunto de seres racionais associados pela concorde comunidade de objetos amados" (AGOSTINHO, 2012b, p. 496; *De Civitate Dei*, XIX, 24), torna-se fácil deslizar da dimensão individual para a dimensão social de seu raciocínio sobre o amor. Para cada indivíduo, uma cidade, segundo o seu amor: eis a premissa do panorama ordenador da madurez de Agostinho, aquele da Cidade de Deus e da cidade terrena, as duas sociedades místicas profusamente ilustradas em *De Civitate Dei*[14].

[13] A consideração do amor como peso que tende a um lugar ordenado está presente em uma das mais famosas passagens de *Confessiones*: "[...] [o]gni corpo a motivo del suo peso tende al luogo che gli è proprio. Un peso non trascina soltanto al basso, ma al luogo che gli è proprio. Il fuoco tende verso l'alto, la pietra verso il basso, spinti entrambi dal loro peso a cercare il loro luogo. L'olio versato dentro l'acqua s'innalza sopra l'acqua, l'acqua versata sopra l'olio s'immerge sotto l'olio, spinti entrambi dal loro peso a cercare il loro luogo. Fuori dell'ordine regna l'inquietudine, nell'ordine la quiete. Il mio peso è il mio amore; esso mi porta dovunque mi porto." (AGOSTINHO, 2014a; *Confessiones*, XIII, 9.10). Já a relação entre ordem (*ordo*) e peso (*pondus*), mediada pela noção de estabilidade, pode ser conferida em trechos como o seguinte: "[...] nel senso in cui la misura assegna a ciascuna cosa il suo limite, il numero dà a ciascuna cosa la sua forma specifica, e il peso trascina ogni cosa al suo riposo e alla sua stabilità, è Dio che s'identifica con queste tre perfezioni nel senso fondamentale, vero e unico, poiché è Lui a limitare, a dare la forma specifica e a dare ordine a ogni cosa." (AGOSTINHO, 2014c, *De Genesis ad Litteram*, IV, 3.7).

[14] *De Civitate Dei*, "A Cidade de Deus", é considerada a obra-prima de Agostinho, ao lado de *Confessiones* ("Confissões"). Foi escrita em um período bastante difícil: Roma estava atordoada com a recente invasão de Alarico (410), rei dos visigodos. Conforme descreve Brown (2000, p. 312), os cristãos, em sua maioria, sentiam-se confusos: haviam se gabado da superioridade da "Era Cristã", mas agora eram confrontados com desastres sem paralelo na história pretérita. Alguns, em desespero, acabavam recorrendo a velhas formas pagãs, como o teatro, para recuperar o alento. O cristianismo, em geral, tornou-se impopular, ao passo que a seita herética dos donatistas desfrutava de rápida ascensão. *De Civitate Dei* é a resposta de Agostinho a esse insólito panorama: uma resposta dirigida não apenas aos pagãos inveterados, desde sempre céticos com relação ao cristianismo, mas principalmente aos fiéis cristãos que nesse momento encaravam uma dura provação. Agostinho lembrava-lhes de sua identidade como "cidadãos de Jerusalém", lembrava-lhes que não deviam desesperar por conta dos fatos mundanos. Estavam ali como peregrinos, com vistas a algo maior: à Cidade de Deus. Para uma revisão bibliográfica consistente dos estudos realizados sobre a temática agostiniana da Cidade de Deus, do final do século XIX até recentemente, veja-se Curbelié (2004).

A premissa básica da obra é a de que existem duas cidades – metafísicas, bem entendido[15], e os seres humanos de todas as épocas se diferenciam entre si quanto ao pertencimento a uma ou a outra. Há a cidade terrena, composta por pessoas que amam apenas a si mesmas: o foco de suas vidas está nas coisas mundanas, daí chamar-se esse amor de *cupiditas rerum* ("amor às coisas"). Por outro lado, há a Cidade de Deus, formada por pessoas que se ocupam precipuamente em amar a Deus, cultivando o amor que é denominado *caritas*[16]. Isso não quer dizer que a sociedade divina se encontre tão-somente no céu: segundo Agostinho (2012b, p. 208; *De Civitate Dei*, XV, 5), a Cidade de Deus gera cidadãos na terra, nos quais peregrina até chegar o tempo do reinado definitivo. Enquanto vivem misturados à sociedade terrena (cf. Agostinho, 2012b, p. 30; *De Civitate Dei*, XI, 1), esses cidadãos não prendem suas atenções a coisas provisórias: antes dirigem seus olhos para a suprema – e permanente – felicidade no céu. Não significa que vivam alienados, fora do mundo. Tampouco quer dizer que vivam em oposição a ele. Vivem *no* mundo, mas de forma cristã, isto é, compatível com o outro mundo (cf. Brown, 2000, p. 324).

O fato de cidadãos com objetivos tão díspares estarem juntos em um mesmo tempo e em um mesmo espaço dá ensejo a que imaginemos tratar-se de um cenário propício ao conflito. Entretanto, o raciocínio de Agostinho vai por outra senda. Nele, o conflito aparece como um traço típico da cidade terrena, vez que a consequência lógica do amor por coisas limitadas e não partilháveis é a disputa, é a divisão[17].

Nesse sentido, Agostinho não se mostra surpreso com o fato de o fundador da cidade terrena, Caim, e o fundador de Roma, Rômulo, ostentarem um traço comum: a

[15] Embora esteja razoavelmente pacificada a questão sobre a não equivalência entre a cidade terrena e uma unidade política concreta (um "Estado", em termos anacrônicos), há ainda muita discussão sobre a equiparação ou não entre Cidade de Deus e Igreja. Entre os favoráveis, temos Ratzinger (1954; 2011), ao passo que Gilson (1965; 1983) encabeça o pensamento oposto. Para uma introdução ao impasse eclesiológico, veja-se, por todos, Congar (1957).

[16] Para maiores detalhes sobre *cupiditas* e *caritas*, vejam-se os escritos de Agostinho sobre o tema em *De Trinitate* (IX, 8, 13). Para uma análise teórica aprofundada sobre os dois amores em Agostinho, vale consultar o estudo conduzido por Arendt (1997).

[17] O seguinte trecho ilustra bem esse ponto de vista: "[a] cidade terrena [...] tem cá na terra seu bem e em sua possessão goza-se com o gozo que tais coisas podem oferecer. E porque semelhante bem não é tal que de quem dele gosta exclua as angústias, por isso essa cidade se divide contra si mesma, pleiteando, batalhando, lutando e buscando vitórias mortíferas ou pelo menos mortais. [...] Por causa desses bens ínfimos, deseja certa paz terrena e anela alcançá-la pela guerra. Se vence e não há quem lhe resista, nasce a paz de que careciam os partidos, contrários entre si, que lutavam com infeliz miséria por coisas que não podiam possuir ao mesmo tempo." (AGOSTINHO, 2012b, pp. 211-212; *De Civitate Dei*, XV, 4).

prática do fratricídio. O amor egoísta que nutriam por si mesmos e pelos bens deste mundo, ademais da inveja que sentiam com relação à bondade, levou a que chegassem ao cume da violência. Em face dessa violência, ensejadora de um estado de coisas dos mais caóticos, o estabelecimento de leis terrenas se revela indispensável, como forma de impor certos limites à *cupiditas rerum* e, com isso, garantir um mínimo de paz.

Completamente diversa desse proceder é a caridade da Cidade de Deus, pois "a bondade não diminui, por admitir que dela participe companheiro; ao contrário, aumenta tanto mais quanto mais concordemente a possui a caridade individual dos consócios" (AGOSTINHO, 2012b, p. 213; *De Civitate Dei*, XV, 5). Como nesse tipo de relação não há espaço para disputa, tampouco há serventia para a lei humana. Daí a célebre frase de Agostinho: "ama, e faze o que quiseres".

Dessa forma, se nos deslocarmos para o âmbito do relacionamento entre as duas cidades, veremos que se trata de uma coexistência de caráter muito mais tendente à cooperação que ao conflito. Isso porque a manutenção da paz terrena, ainda que obviamente inferior à paz celeste[18], importa tanto à sociedade divina como à sociedade terrena. Ambas partilham da condição de mortalidade e precisam, por isso, organizar-se de modo a garantir os bens – terrenos – necessários à subsistência. Tal organização é o que Agostinho chama de concórdia: trata-se do fim último da sociedade terrena, e de um instrumental inafastável para a sociedade celeste, a qual, na sua ausência, ver-se-ia impossibilitada de perseguir fins mais elevados[19].

O conteúdo dessa concórdia é vário: envolve não apenas o concerto de vontades sobre coisas mundanas, mas igualmente a observância às leis e aos costumes terrenos. O

[18] Segundo Agostinho (2012b, p. 475; *De Civitate Dei*, XIX, 12), "[...] comparada com a paz dos justos, a paz dos pecadores não merece sequer o nome de paz.".

[19] Esse raciocínio encontra-se estampado no seguinte trecho: "[...] [o] uso dos bens necessários a esta vida mortal é, portanto, comum a ambas as classes de homens e a ambas as casas, mas no uso cada qual tem fim próprio e modo de pensar muito diverso do outro. Assim, a cidade terrena, que não vive da fé, apetece também a paz terrena; porém, firma a concórdia entre os cidadãos que mandam e os que obedecem, para haver, quanto aos interesses da vida mortal, certo concerto das vontades humanas. Mas a cidade celeste, ou melhor, a parte que peregrina neste vale e vive da fé usa dessa paz por necessidade, até passar a mortalidade, que precisa de tal paz. Por isso, enquanto está como viajante cativa na cidade terrena, onde recebeu a promessa de sua redenção e como penhor dela o dom espiritual, não duvida em obedecer às leis regulamentadoras das coisas necessárias e do sustento da vida mortal. Como a mortalidade lhes é comum, entre ambas as cidades há concórdia com relação a tais coisas." (AGOSTINHO, 2012b, p. 483; *De Civitate Dei*, XIX, 17).

cidadão pertencente à Cidade de Deus, entretanto, não deve fazer caso dessa variedade, posto que ela não o atinge naquilo que lhe é fundamental – a fé. Basta-lhe, assim, uma postura de aceitação[20]. Surge, então, a tentadora questão: e se a lei terrena ou a vontade do soberano for de encontro à fé e às leis religiosas que ordenam a vida do cidadão peregrino? Estará ele enfim legitimado a instalar um conflito dentro do tecido da concórdia?

A resposta de Agostinho quanto a esse ponto é extremamente sóbria: ao cristão não cabe reagir com violência, mas suportar de forma piedosa aquilo que lhe é adverso[21]. Tampouco é adequado que se levante contra o soberano que se entrega a atos flagrantemente iníquos: o poder desse soberano, por mais que seus atos levem-nos a pensar o contrário, deriva de Deus, de modo que, se o soberano está onde está, isto é, na posição de poder, é porque Deus tem com isso um propósito[22]. Assim, Agostinho exorta o justo a, antes de se lamentar, encarar no mal que lhe sucede um teste à sua virtude[23], uma oportunidade

[20] Vejam-se as próprias palavras de Agostinho (2012b, p. 484; *De Civitate Dei* XIX, 17) sobre o assunto: "[...] [A Cidade de Deus] [n]ão se preocupa com a diversidade de leis, de costumes, nem de institutos, que destroem ou mantêm a paz terrena. Nada lhes suprime nem destrói, antes os conserva e aceita; esse conjunto, embora diverso nas diferentes nações, encaminha-se a um só e mesmo fim, a paz terrena, se não impede que a religião ensine deva ser adorado o Deus único, verdadeiro e sumo. Em sua viagem a cidade celeste usa também da paz terrena e das coisas necessariamente relacionadas com a condição atual dos homens. Protege e deseja o acordo de vontades entre os homens, quanto possível, deixando a salvo a piedade e a religião, e ministra à paz terrena a paz celeste, verdadeira paz, única digna de ser e dizer-se paz da criatura racional, a saber, a ordenadíssima e concordíssima união para gozar de Deus e, ao mesmo tempo, em Deus.".

[21] É o que se apreende do trecho que segue: "[...] [p]or causa delas [as leis religiosas] a cidade celeste se vê na necessidade de dissentir da cidade terrestre, ser carga para os que tinham opinião contrária e suportar-lhes a cólera, o ódio e as violentas perseguições, a menos que algumas vezes refreie a animosidade dos inimigos com a multidão de fiéis e sempre com o auxílio de Deus." (AGOSTINHO, 2012b, p. 484; *De Civitate Dei*, XIX, 17).

[22] É o que aparece na seguinte passagem: "[...] mesmo a esses [como Nero] a Providência do Deus supremo dá o poder de senhorear, quando julga dignas de semelhantes homens as coisas humanas. [...] E expressamente se diz de Deus em outro lugar: *Ele é quem, por causa da perversidade do povo, faz reinar o homem hipócrita*." (AGOSTINHO, 2012a, p. 254; *De Civitate Dei*, V, 19).

[23] Isso porque o mal, em Agostinho, prejudica muito mais o praticante que o atingido: "[...] o reino dos maus prejudica os reinantes, cujos ânimos se estragam com maior liberdade nos crimes; por outro lado, apenas a própria iniquidade causa prejuízo aos que, servindo-os, se lhes submetem. Pois quaisquer males que os maus senhores infligem aos justos não constituem pena da culpa, mas prova da virtude. Por conseguinte, o bom, embora escravo, é livre; o mau, apesar de rei, é escravo e não de um homem apenas, porém, o que se torna mais grave, de tantos senhores quantos os vícios que tem." (AGOSTINHO, 2012a, p. 177; *De Civitate Dei*, IV, 3). Sobre o tema, é também interessante a exposição de Agostinho sobre o fato de bons e maus serem igualmente atingidos por provações terrenas, retomando o tema do castigo do justo como prova de fé: "[...] quando apraz a Deus punir a corrupção dos homens com penas mesmo temporais, os bons são castigados de mistura com os maus, castigados como eles, não por viverem como eles, mas por gostarem como eles, embora menos, da vida temporal que deveriam desprezar. [...] não é por completo isento de falta o fiel que vê muito a repreender nos que lhe estão ligados por laços sociais e, não obstante, lhes poupa advertência ou censura, por medo de que seu ressentimento o perturbe nos bens de que faz legítimo emprego, mas com

renovada de compreender que a verdadeira felicidade está no gozo dos bens espirituais, e não nas oscilações imprevisíveis dos bens terrenos. Em resumo, em se tratando de vida mortal, e aqui resgatamos as palavras memoráveis de Gilson (1983, p. 206), os justos têm muito a sofrer e a perdoar. E poderíamos acrescentar que a prática do conflito – aqui tomado em sua acepção violenta – deve restar descartada de seus horizontes.

Haverá, no entanto, momentos em que, para Agostinho, o conflito será permitido, e tal se dará no âmbito das unidades políticas (ou, em termos anacrônicos, no âmbito das relações internacionais). Assim, embora o justo, tomado singularmente, não detenha legitimidade para se revoltar contra um soberano iníquo, o soberano justo, por sua vez, tem direito a encetar conflitos contra outros soberanos. Não indiscriminadamente, é claro. A guerra a ser levada a cabo deve ser uma *iustum bellum*, uma guerra justa. Mas o que é uma guerra justa para Agostinho?

É simples: a guerra justa é aquela que é travada por uma causa justa. Parte-se, evidentemente, do pressuposto de que tais guerras devem ser travadas por autoridades competentes para fazê-lo, com o suporte de contingentes militares obedientes[24]. No entanto, o fator distintivo é a motivação: a guerra deve ser motivada por uma injustiça[25]

ilegítimo agrado no coração. Outra causa de serem as pessoas de bem submetidas aos flagelos temporais (Jó serve de exemplo) é querer o Senhor revelar ao espírito humano a força de sua piedade e permitir ao homem demonstrar o amor desinteressado que lhe tem." (AGOSTINHO, 2012a, pp. 46-47; *De Civitate Dei*, I, 9). Adicione-se que o mal pode sobrevir ao justo como castigo pelo orgulho da própria virtude (cf. AGOSTINHO, 2012a, pp. 70-71; *De Civitate Dei*, I, 28).

[24] Sobre o papel da autoridade e da obediência no contexto da guerra, é elucidativo o seguinte trecho: "[q]uello che ci interessa è per quali motivi e sotto quali autorità gli uomini intraprendano le guerre. Tuttavia, l'ordine naturale conformato affinché i mortali stiano nella pace esige che l'autorità e la decisione di intraprendere una guerra spettino al principe, e che i soldati debbano eseguire gli ordini di guerra a favore della pace e della salvezza comune. Invece, la guerra che si intraprende sotto l'autorità di Dio, non è lecito dubitare che sia intrapresa giustamente allo scopo di intimorire, distruggere o soggiogare la superbia dei mortali, dal momento che neppure quella che si fa per l'umana cupidigia può nuocere non solo al Dio incorruttibile, ma neppure ai suoi santi, ai quali piuttosto risulta utile per esercitare la pazienza, umiliare l'anima e sopportare la disciplina paterna. Nessuno infatti ha su di essi il potere, se non colui al quale fu dato dall'alto. Non esiste potere che non venga da Dio, sia che egli comandi sia che permetta. Dunque se un giusto, che si trovi a militare sotto un re umano magari sacrilego, può a buon diritto combattere ai suoi ordini per mantenere la pace e l'ordine civile (infatti, o è sicuro che l'ordine impartito non va contro il precetto di Dio o, al contrario, se ciò non è sicuro, così che talora l'iniquità dell'ordine rende colpevole il re, il dovere dell'obbedienza indica comunque che il soldato è innocente), a maggior ragione è totalmente innocente nell'occuparsi della guerra chi combatte per ordine di Dio il quale, come nessuno che lo serve ignora, non può ordinare nulla di cattivo." (AGOSTINHO, 2014b; *Contra Faustum Manichaeum*, XXII, 75).

[25] Nas palavras de Agostinho, "[a] injustiça do inimigo é a causa de o sábio declarar guerras justas." (AGOSTINHO, 2012b, p. 462; *De Civitate Dei*, XIX, 7).

previamente instalada entre duas ou mais unidades políticas. Agostinho, sem quaisquer pretensões sistêmicas, dá pistas significativas sobre quais poderiam ser tais causas de guerra: a iniquidade ativa de determinado reino contra outro, ou a negligência de determinado reino em punir cidadãos seus que promoveram um crime contra outro reino, ou mesmo a não devolução de um bem pertencente a outro reino. Verifica-se, com isso, que a guerra adquire um matiz reparatório para a parte injustiçada. E ao lado desses exemplos – marcadamente mundanos, poder-se-ia dizer – não se pode olvidar um outro, mais cristalino que todos os demais quanto à sua justeza: o comando divino[26]. Uma vez que a vera justiça vem de Deus, qualquer ordem dele emanada – inclusive a ordem de guerra – reverberará esse atributo, constituindo a causa justa por excelência.

Realizadas essas considerações sobre os limites dentro dos quais, no pensamento agostiniano, está permitido o conflito bélico[27], importa sublinhar que para o Bispo de Hipona a guerra – ainda que justa – é um recurso extremo, de que se deve lançar mão somente na ausência de qualquer outra alternativa[28]. Essa, afinal, é a postura de um soberano no escopo da Cidade de Deus, que percebe no conflito uma triste necessidade.

O comportamento oposto, típico do soberano pertencente à cidade terrena, vê na guerra uma ferramenta própria para a expansão de domínios e para o auferimento da tão almejada glória. Podemos ver nessa atitude qualquer coisa de familiar, e não estaríamos enganados: ao escrever sobre o assunto, Agostinho tem em mente o Império Romano, duramente criticado sob sua pena por conta do ardor expansionista que o caracteriza. Para

[26] Todos os exemplos citados de causa de guerra justa estão presentes nesta passagem: "[s]i è poi soliti denominare giuste le guerre che vendicano dei torti, qualora una nazione o una città, che dev'essere investita dalla guerra, abbia trascurato di punire l'ingiustizia fatta dai suoi cittadini o di rendere ciò che è stato portato via ingiustamente. È quindi senza dubbio giusto anche questo genere di guerra comandata da Dio, nel quale non è ingiustizia, e sa che cosa deve darsi a ciascuno. In rapporto a questa guerra il capo dell'esercito e il popolo stesso se ne devono considerare non tanto i promotori, quanto piuttosto gli esecutori [dei disegni di Dio]." (AGOSTINHO, 2014d; *Quaestionum in Heptateuchum*, VI, 10).

[27] Para um aprofundamento teórico sobre a ideia de guerra justa em Agostinho, veja-se Russell (1975), Langan (1984) e Mattox (2006).

[28] Recorde-se aí que, para Agostinho, a paz, posto que vinculada à noção fundamental de ordem, tem um valor superior à guerra, é o próprio objetivo desta: "[...] Com efeito, os próprios amigos da guerra apenas desejam vencer e, por conseguinte, anseiam, guerreando, chegar à gloriosa paz. E em que consiste a vitória senão em sujeitar os rebeldes? Logrado esse efeito, chega a paz. A paz é, pois, também o fim perseguido por aqueles mesmos que se afanam em demonstrar valor guerreiro, comandando e combatendo. Donde se segue ser a paz o verdadeiro fim da guerra. O homem, com a guerra, busca a paz, mas ninguém busca a guerra com a paz. Mesmo os que de propósito perturbam a paz não odeiam a paz, apenas anseiam mudá-la a seu talante." (AGOSTINHO, 2012b, p. 473; *De Civitate Dei*, XIX, 12).

o Bispo de Hipona, o ideal de uma *pax romana* a permear todo o império unificado é falacioso, pois o império, para subsistir em suas fronteiras, precisa recorrer a constantes enfrentamentos externos, ademais de ter de lidar com as dissensões civis, efervescentes em seu interior por conta das divergências de interesses[29]. É por isso que Agostinho descrê das unificações políticas temporais, acreditando antes que a paz poderia ser mais facilmente atingida – e mantida – se os reinos fossem limitados em sua extensão e concordes entre si, como bons vizinhos[30].

Tendo sido repassados momentos marcantes em que é possível vislumbrar a categoria de conflito em Agostinho, verificando-se os arcos de continuidade entre dimensão individual e dimensão social e esfera mundana e esfera espiritual que envolvem a articulação dessa categoria no pensamento do Bispo de Hipona, julga-se oportuno passar às considerações finais.

3 Considerações finais

Chega-se ao final do presente trabalho com um esboço mais esclarecido – embora distante da exaustividade – acerca das manifestações da categoria de conflito no pensamento de Santo Agostinho. Em um primeiro momento, percebeu-se que o conflito não

[29] Essa crítica à *pax romana* pode ser conferida em trechos como este: "[...] [t]odavia, dir-se-á, aconteceu que cidade feita para imperar não apenas impôs o jugo, mas também o domínio social e pacífico de sua língua às nações dominadas e tal conquista preveniu a carência de intérpretes. É verdade, mas à custa de quantas e que enormes guerras, de quanta devastação e de quanto derramamento de sangue se conseguiu! Passaram esses males e, contudo, a miséria deles não se acabou. Embora certo que não faltaram, nem faltam, nações estrangeiras inimigas contra as quais sempre se travaram e ainda hoje se travam guerras, a própria grandeza do império deu origem a guerras de pior tipo, às guerras sociais e civis. Por causa delas o gênero humano padece tremendos choques, tanto quando se guerreia para conseguir a paz como quando se teme novo recrudescimento." (AGOSTINHO, 2012b, p. 468; *De Civitate Dei*, XIX, 7).

[30] Esse ponto de vista aparece aqui: "[...] [a] iniquidade daqueles contra quem se travaram guerras justas auxiliou o crescimento do reino. Esse, na realidade, seria pequeno, se a justiça e a paz dos povos vizinhos não o levassem, por causa de alguma ofensa, a declarar-lhes guerra. Desse modo, gozando todos os reinos, em boa vizinhança, da maior felicidade nas coisas humanas, seriam pequenos e, assim, haveria no mundo muitíssimos reinos de nações, como há na cidade muitíssimas casas de cidadãos. Por isso, guerrear e dilatar o reino, senhoreando povos, aos maus parece ventura, e aos bons, necessidade. Mas, porque seria pior que os mais justos se vissem dominados pelos injustos, não sem motivo se chama também a isso felicidade. Sem dúvida alguma, porém, é maior felicidade viver em paz com o bom vizinho que subjugar pelas armas o mau. Maus desejos são desejar ter a quem odiar ou a quem temer, para poder ter a quem vencer. Se travando guerras justas, não ímpias, nem iníquas, os romanos conseguiram adquirir tão grande império, deve-se, por acaso, render culto à injustiça alheia, como se fosse deusa?" (AGOSTINHO, 2012a, p. 191; *De Civitate Dei*, IV, 15).

é tratado como um elemento intruso dentro do grande cenário que Agostinho tece ao redor da noção de ordem. O conflito é, antes, parte da ordem, estando sujeito à justiça do Ordenador, que é Deus.

Dentro dessa intrincada tecelagem metafísica, o conflito assume diferentes formas, segundo as nuances do pensamento agostiniano. Na dimensão do homem singular, pode ser encontrado na figura do pecado, que marca o embate entre a vontade humana singular e a vontade divina. Uma vez revelado o vínculo que o ato de pecar guarda com o amor às coisas mundanas (*cupiditas rerum*), torna-se possível pensar o conflito não apenas em termos individuais, mas também em sua dimensão social. O *cupiditas rerum* constitui a marca de uma sociedade que se dilacera em conflitos por conta do caráter limitado dos bens que são objeto de anelo. Estamos perante o retrato da cidade terrena.

Em oposição a esse panorama desolador, está a Cidade de Deus, realidade mística composta por cidadãos que amam tão somente ao ilimitado por excelência, Deus, e, portanto, não têm razão para dissentir entre si. E tampouco para dissentir dos cidadãos terrenos com os quais coexistem na mortalidade, uma vez que a subsistência de ambos os grupos requer mínima concórdia. O cidadão da Cidade de Deus apresenta-se, assim, como responsável por promover, acima de tudo – e mesmo quando injustamente atacado –, a paz.

Tal não quer dizer que para Agostinho não haja um lugar legítimo para uma manifestação de conflito típica das relações internacionais, a guerra. Nos estreitos limites da necessidade e da justiça da causa, é adequado a um soberano o exercício da *iustum bellum*. No entanto, para Agostinho, a guerra não deve ser a regra. Dentro do panorama ordenado de coexistência entre esfera mundana e esfera espiritual, caracterizado pelos vínculos fluídos entre indivíduo e sociedade, a paz, enquanto fino tecido que garante a tudo o que existe a sua existência, e a todo o homem que a possui a sua felicidade, a paz deve prevalecer sobre o conflito.

4 Referências bibliográficas

AGOSTINHO, Aurélio (Santo). **A Trindade**. Tradução de Agustinho Belmonte. São Paulo: Paulus, 1995a. (Patrística)

AGOSTINHO, Aurélio (Santo). **O livre-arbítrio**. Tradução de Nair de Assis Oliveira. São Paulo: Paulus, 1995b. (Patrística)

AGOSTINHO, Aurélio (Santo). **Diálogo sobre a ordem**. Tradução de Paula Oliveira e Silva. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2000. (Estudos Gerais; Série Universitária; Clássicos de Filosofia)

AGOSTINHO, Aurélio (Santo). **A Cidade de Deus**: (contra os pagãos) parte I. Tradução de Oscar Paes Leme. Petrópolis: Vozes, 2012a. (Vozes de Bolso)

AGOSTINHO, Aurélio (Santo). **A Cidade de Deus**: (contra os pagãos) parte II. Tradução de Oscar Paes Leme. Petrópolis: Vozes, 2012b. (Vozes de Bolso)

AGOSTINHO, Aurélio (Santo). **Le confessioni**. Disponível em: <http://www.augustinus.it/italiano/confessioni/index2.htm>. Acesso em 25 jul. 2014a.

AGOSTINHO, Aurélio (Santo). **Contro Fausto Manicheo**. Disponível em: <http://www.augustinus.it/italiano/contro_fausto/index2.htm>. Acesso em 25 jul. 2014b.

AGOSTINHO, Aurélio (Santo). **La Genesi alla lettera**. Disponível em: <http://www.augustinus.it/italiano/genesi_lettera/index2.htm>. Acesso em 25 jul. 2014c.

AGOSTINHO, Aurélio (Santo). **Questioni sull'Ettateuco**. Disponível em: <http://www.augustinus.it/italiano/questioni_ettateuco/index2.htm>. Acesso em 25 jul. 2014d.

ARENDT, Hannah. **O conceito de amor em Santo Agostinho**: Ensaio de interpretação filosófica. Lisboa: Instituto Piaget, 1997. (Coleção Pensamento e Filosofia)

ARQUILLIÈRE, H.-X. **L'Augustinisme politique**: Essai sur la formation des théories politiques du moyen âge. Paris: Librairie philosophique J. Vrin, 1934.

BARBERINI, Giovanni. "Principi di diritto internazionale nella teologia cattolica". In: **Stato, Chiese e pluralismo confessionale**, 23 gen. 2012.

BROWN, Peter. **Society and the Holy in Late Antiquity**. Berkeley: University of California Press, 1982.

BROWN, Peter. **The making of Late Antiquity**. Cambridge (USA): Harvard University Press, 1993. (The Carl Newell Jackson Lectures)

BROWN, Peter. **Authority and the Sacred**: Aspects of the Christianisation of the Roman world. Cambridge (UK): Cambridge University Press, 1995.

BROWN, Peter. **Augustine of Hippo**: A Biography. A New Edition with an Epilogue. Berkeley: University of California Press, 2000.

BROWN, Peter. **The rise of Western Christendom**: Triumph and diversity, A.D. 200-1000. 10th Anniversary rev. ed. Oxford: Wiley-Blackwell, 2013. (The Making of Europe)

CONGAR, Yves M.-J. "'Civitas Dei' et 'Ecclesia' chez saint Augustin". In: **Revue des Études Augustiniennes**, vol. 3, n. 1, 1957.

CURBELIÉ, Philippe. "Les études sur *La Cité de Dieu*". In: **Revue d'études augustiniennes et patristiques**, v. 50, 2004, pp. 311-323.

DAL RI JR., Arno. **História do direito internacional**: Comércio e moeda; Cidadania e nacionalidade. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

DESCARTES, René. **Discurso do método**. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: WMF Editora Martins Fontes, 2003.

ENTELMAN, Remo F. **Teoría de conflictos**: Hacia un nuevo paradigma. Barcelona: Gedisa, 2002.

FLASCH, Kurt. **Agostino d'Ippona**: Introduzione all'opera filosofica. Bologna: Il Mulino, 1983. (Collezione di Testi e di Studi)

GILSON, Étienne. **Evolução da Cidade de Deus**. Tradução de João Camilo de Oliveira Torres. São Paulo: Editora Herder, 1965.

GILSON, Étienne. **Introduzione allo studio di Sant'Agostino**. Tradução de Vincenzo Venanzi Ventisette. Genova: Marietti, 1983.

GROSSI, Paolo. **A ordem jurídica medieval**. Tradução de Denise Rossato Agostinetti. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2014. (Biblioteca jurídica WMF)

HEIDL, György. **The influence of Origen on the young Augustine**: A chapter of the history of Origenism. Piscataway (USA): Gorgias Press, 2009.

LANGAN, John. “The elements of St. Augustine’s just war theory”. In: **The Journal of Religious Ethics**, vol. 12, n. 1, 1984, pp. 19-38.

MARROU, Henri-Irénée. **Décadence romaine ou antiquité tardive?** III^e^-VI^e^ siècle. Paris: Éditions du Seuil, 1977.

MATTOX, John Mark. **Saint Augustine and the theory of just war**. London: Continuum, 2006.

MORIN, Edgar. **Introducción al pensamiento complejo**. Tradução de Marcelo Pakman. Barcelona: Editorial Gedisa, 2007.

PARADISI, Bruno. “L’organisation de la paix aux IV^e^ et V^e^ siècles”. In: **Civitas Maxima**: Studi di storia del diritto internazionale; vol. 1. Firenze: Leo S. Olschki, 1974a.

PARADISI, Bruno. “Il significato e l’importanza dell’epoca di transizione dall’antichità al medio evo per la storia del diritto internazionale”. In: **Civitas Maxima**: Studi di storia del diritto internazionale; vol. 2. Firenze: Leo S. Olschki, 1974b.

RAMELLI, Ilaria L. E. “Origen in Augustine: A paradoxical reception”. In: **Numen**, vol. 60, 2013, pp. 280-307.

RATZINGER, Joseph. “Herkunft und Sinn der Civitas-Lehre Augustins”. In: **Augustinus Magister** (Paris), vol. 11, 1954.

RATZINGER, Joseph. **Popolo e casa di Dio in Sant’Agostino**. Tradução de Antonio Dusini. Milano: Jaca Book, 2011.

RUSSELL, Frederick H. **The just war in the Middle Ages**. Cambridge (UK): Cambridge University Press, 1975.

RIST, John M. **Augustine**: Ancient thought baptized. Cambridge (UK): Cambridge University Press, 1994.

VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. Tradução de Claudia Berliner. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. (Biblioteca jurídica WMF)

DIREITOS EDUCACIONAIS E DECOLONIALIDADE: EDUCAÇÃO EM COMUNIDADES TRADICIONAIS BRASILEIRAS

Ana Clara Correa Henning[*]
Bruna Costa Valença[**]

Palavras-chave: direitos educacionais; decolonialidade; comunidades tradicionais brasileiras.

Resumo: O enlace que se apresenta entre direito, decolonialidade e educação tem por pressuposto a pluralidade de culturas e subjetividades que convivem na sociedade brasileira e a necessária dimensão intercultural de nossos olhares frente a resistências e assujeitamentos que permeiam qualquer relação de poder, tais como as desenvolvidas pelas instituições aqui investigadas: a escola e o direito. Este estudo parte de questionamentos acerca da efetividade dos direitos educacionais em comunidades tradicionais brasileiras, dentre elas, as indígenas e quilombolas. Sua concretização é uma tarefa de difícil construção, sendo a escola uma instituição erigida sobre bases ocidentais, e, especialmente, a escola indígena, uma valiosa estratégia "civilizatória" colonial. Analisa-se, dessa forma, em pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, direitos constitucionais e infraconstitucionais que regrem a responsabilidade estatal em garantir uma educação adequada e de qualidade a essas comunidades. Elenca-se alguns requisitos para que tais direitos alcancem efetividade, tanto de ordem epistemológica quanto legislativa e de hermenêutica jurídica, dentre eles a construção de conhecimento denso da cultura por parte do educador; descentralização pedagógica; perspectiva decolonial dos conteúdos desenvolvidos; formação bilíngue do professor; pedagogias correspondentes ao substrato cultural do grupo e um currículo que desenvolva saberes ali construídos.

[*] Graduada em Direito (UFPel). Especialista em Direito (UNISINOS). Mestre em Educação (UFPel). Mestre em Direito (PUCRS). Doutoranda em Direito (UFSC). Membro do Grupo de Pesquisa em Antropologia Jurídica (GPAJU) da UFSC. Membro do **Núcleo de Estudos de Identidades e Relações Interétnicas (NUER) da UFSC.** Membro do Grupo de Pesquisa Educação, Cultura, Ambiente e Filosofia (FURG). Bolsista CAPES. Lattes: http://lattes.cnpq.br/5204931161666059.
[**] Graduanda em Direito (UFSC). Membro do Grupo de Pesquisa em Antropologia Jurídica (GPAJU) da UFSC. Lattes: http://lattes.cnpq.br/2627688408791352.

Keywords: educational rights; decoloniality; brazilian traditional communities.

Abstract: The linkage which is presented among right, decoloniality and education presupposes the plurality of cultures and subjectivities that coexist in Brazilian's society and the intercultural view, in front of the resistance and subjugation that permeate any power's relationship, such as those developed by the investigated institutions: the school and the right. This study starts with questions about the effectiveness of educational rights in Brazilian traditional communities, among them, indigenous and maroon quilombola. It's a very dificult work to make those models of education, because almost all schools in the south America were built on western bases, and specially the indigenous school Who was used like a valuable colonial strategy to civilizing the natives. Analyzes thus in bibliographic and jurisprudential research, constitutional and infra-constitutional rights that regulate the state responsibility in ensuring adequate and quality education to these communities. For this, are listed certain requirements so that these rights attain effectiveness, much epistemological as legislative and legal hermeneutics, including the construction of dense knowledge of the educator's culture; educational decentralization; decolonial perspective of developed content; bilingual teacher training; pedagogies corresponding to the cultural substrate of the group and a curriculum that develops knowledge built there.

1 Introdução

Questões relacionadas à diversidade cultural são de extrema importância para o direito, especialmente quando se observa sua formação moderna, a qual põe em relevo o formalismo e a universalização em sua elaboração e aplicação. Da mesma forma, a escola é herdeira de sua origem colonial, ainda possuindo um discurso fortemente colonialista. Ambos os campos – pedagógico e jurídico –possuem objetivos que alcançam através de tecnologias disciplinares, fabricando e adestrando corpos para sua vivência em sociedade.

Essas considerações são importantes quando se busca a efetivação de direitos relacionados a comunidades tradicionais, em especial aqueles conectados à educação. Pretende-se, aqui, por meio de pesquisa bibliográfica, legal e jurisprudencial, identificar alguns parâmetros jurídicos e culturais necessários à concretização de tais garantias. Para

isso, objetiva-se desenvolver, em um primeiro momento, aportes teóricos dos estudos decoloniais e foucaultianos acerca da escola e do direito.

Em um segundo momento, procura-se indicar referências da Constituição Federal de 1988 e da Lei de Diretrizes e Bases acerca dessas comunidades e de seus direitos educacionais. Em seguida, busca-se interpretar tais regramentos sob as perspectivas teóricas apresentadas, para, ao final, discorrer sobre alguns parâmetros jurídico-culturais básicos para a efetividade do direito à educação nesses grupos diferenciados.

2 Decolonialidade e resistências: aportes teóricos para uma percepçãodo ensino e do direito brasileiros

A denominada missão civilizatória foi, durante muito tempo, uma importante estratégia na conquista colonial. Ela possuía uma finalidade espúria: seu objetivo era compreender povos exóticos e distantes para traçar estratégias de domínio e imposição de normalizações europeias sobre esses grupos (COLAÇO, 2011, p. 15). Nos mais diversos territórios, em todos os continentes, ela se expandiu, não somente pela espada espanhola ou portuguesa, e mais tarde, inglesa e francesa (dentre outras nacionalidades), mas pelo aporte da cultura metropolitana nos territórios colonizados. As relações de poder que daí advinham interligavam a erudição eurocêntrica de observadores ocidentais (antropólogos, filólogos, administradores diretos, educadores, juristas, etc.) e seus projetos coloniais com os habitantes originários dos países conquistados (SAID, 2011, p. 98). A educação e o direito constituíram-se em ferramentas valiosas para esse empreendimento.

Partimos, aqui, do pressuposto foucaultiano de que a escola moderna é uma instituição de sequestro[1]. Com isso se quer afirmar que ela arregimenta corpos e os disciplina, aplicando-lhes métodos que os tronem dóceis. Assim, é "dócil um corpo que pode ser submetido, que pode ser utilizado, que pode ser transformado e aperfeiçoado" (FOUCAULT, 1987, p. 118). É nesse sentido que a disciplina "fabrica' indivíduos; ela é a técnica específica de um poder que toma os indivíduos ao mesmo tempo como objetos e

[1] Reconhecemos, aqui, a importante contribuição de Paulo Freire para os estudos referentes à educação. Entretanto, optamos pelo referencial teórico foucaultiano, cuja incompatibilidade com os estudos estruturalistas (como o freireano) é conhecida (VEIGA-NETO; FISCHER, 2004, p. 12).

como instrumentos de seu exercício" (FOUCAULT, 1987, p. 143). Por um lado, portanto, a escola organiza conhecimento sobre aqueles que disciplina (onde os alunos são encontrados, qual a sua assiduidade, que nota obtiveram na avaliação). Por outro, ela transforma o aluno, aperfeiçoa seu conhecimento e seu corpo, estabelecendo regras de conduta social (como sentar, o que escrever, quando perguntar). É por isso que Michel Foucault entende que poder e saber encontram-se imbricados:

> [...] o poder produz saber (e não simplesmente favorecendo-o porque o serve ou aplicando-o porque é útil); que poder e saber estão diretamente implicados; que não há relação de poder sem constituição correlata de um campo de saber, nem saber que não suponha e não constitua ao mesmo tempo relações de poder (FOUCAULT, 1987, p. 27).

O poder institucional que a escola exerce, assim, não é apenas o da ordem da repressão, mas também constitui, produz, estimula, persuade. Cria subjetividades, constrói indivíduos. Nas palavras de Maria Isabel EdelweissBujes (2007, p. 30): "O que as disciplinas visam não é apenas a inscrição de marcas sobre os corpos, imediatamente identificáveis, mas a internalização das condutas apropriadas, num processo que torna cada um de nós o pastor de si mesmo". No caso brasileiro, a chegada dos portugueses trouxe um ensino alicerçado em ideais de civilização e agregação compelida dos índios à sociedade não-indígena, negando suas diversidades sociais e culturais. A escola, portanto, era um meio através do qual se ensinavamcomportamentos evisões ocidentais de mundo aos educandos/nativos (PÉREZ, 2007, p. 230).

Da mesma forma, o sistema jurídico não é entendido apenas como aquele que submete à força, ainda que esta seja um componente importante em sua organização. Ele é, igualmente, um meio de estabelecer e transmitir a verdade, corrigindo condutas que lhe contradigam, em uma espécie de "ortopedia social" (FOUCAULT, 2005, p. 86). A trama de poder-saber que lhe perpassa constitui aqueles que estão de acordo com a ordem e aqueles outros, cujas vidas tornam-se deslegitimadas. Essa classificação atinge o nível "não do que se faz, mas do que se é; não do que se faz, mas do que se pode fazer" (FOUCAULT, 2005, p. 104).

A solução encontrada pelo direito moderno é a do "adestramento", a adequação do sujeito a condutas normalizadas socialmente. Assim:

> [...] foi também a ideia de norma que possibilitou ao direito instituir figuras como o criminoso, o estrangeiro, o incapaz, e legislar especificamente sobre elas, mais uma vez englobando as técnicas disciplinares nos códigos jurídicos. A apropriação da norma pelo discurso jurídico resulta em uma detenção do poder de enunciar verdades, de dizer o que é certo e o que é errado, o punível e o aceitável (FREITAS, 2014, p. 323).

Nesse sentido, o direito moderno europeu, trazido pelos portugueses ao Brasil,construiu-se a partir dessas relações, possuindo um olhar ocidental sobre os fatos sociais, classificando-os em termos de aceitabilidade e importância. Nesse jogo, as culturas não-ocidentais foram deslegitimadas, consideradas meras idiossincrasias frente ao conhecimento e às regras jurídicas verdadeiras, neutras e universais construídas pela metrópole.

É por isso que, para Aníbal Quijano (1992, p. 447) e Walter Mignolo (2005, p. 40), a modernidade e a colonialidade são faces da mesma moeda. As conquistas da primeira, inclusive científicas, jurídicas e pedagógicas, desenvolveram-se por meio de condições de possibilidade criadas pela segunda:os circuitos comerciais do Atlântico iniciaram-se a partir de 1500, o que deu início a transformações geopolíticas profundas. A lógica acumulativa ocidental exerceu forte influência nas sociedades agrárias colonizadas, baseadas na reciprocidade e no intercâmbio. Mais tarde, a revolução do conhecimento científico se propagava na Europa, pelas mãos do Renascimento. Tudo isso contribuiu para o desmantelamento de inúmeras populações e para o surgimento de uma nova perspectiva de vida na América:

> Que as sociedades Incas e Astecas não eram ideais, nem tampouco socialistas como se disse em um momento, sem dúvida. Que tampouco estavam fundamentadas sobre as ânsias desesperadas de acumulação e riquezas pessoais como estavam os conquistadores, a coroa de Espanha e Portugal e, em certos casos, a própria Igreja, não hádúvidas tampouco. Que hoje não vivemos em um mundo construído pelos Incas, mas por processos econômicos e epistemológicos que se desencadearam na Europa do século XVI, me parece que é óbvio também[2] (MIGNOLO, 2008, p. 06).

Contemporaneamente, os estudos decoloniais ressaltam essa parcialidade e localidade na construção do conhecimento científico e jurídico, e de instituições como a

[2] No original: "Que las sociedades Incas y Aztecas no eran ideales, ni tampoco socialistas como se dijo en un tiempo, sin duda. Que tampoco estaban basadas sobre las ansias desesperadas de acumulación y riquezas personales como lo estaban los conquistadores, la corona de España y Portugal y en ciertos casos, la Iglesia misma, no hay dudas tampoco. Que hoy no vivimos en un mundo construido por los Incas, sino por los procesos económicos y epistemológicos que se desencadenaron en Europa en el siglo XVI, me parece que es obvio también." Esta tradução foi realizada pelas autoras.

escola. A expansão da conquista ocidental trouxe para a ordem discursiva um determinado regime de verdade – o que Michel Foucault (1993, p. 12) entende pelo conjunto de possibilidades do que pode ser considerado verdadeiro em uma certa época e lugar –a importância do discurso europeu e a deslegitimação de práticas e saberes não-ocidentais. A força desse jogo de inclusão/exclusão pode ser observada na citação que segue:

> Por um lado, no momento em que os ibéricos conquistaram, nomearam e colonizaram a América (cuja região norte ou América do Norte, colonizarão os britânicos um século mais tarde), encontraram um grande número de diferentes povos, cada um com sua própria história, linguagem, descobrimentos e produtos culturais, memória e identidade. São conhecidos os nomes dos mais desenvolvidos e sofisticados deles: astecas, maias, chimus, aimarás, incas, chibchas, etc. Trezentos anos mais tarde todos eles reduziam-se a uma única identidade: *índios*. Esta nova identidade era racial, colonial e negativa. Assim também sucedeu com os povos trazidos forçadamente da futura África como escravos: achantes, iorubás, zulus, congos, bacongos, etc. No lapso de trezentos anos, todos eles não eram outra coisa além de *negros*(QUIJANO, 2005, p. 19).

Autores como Catherine Walsh (2009, p. 15) propõem a desconstrução do conhecimento advindo dessa maneira de compreender o mundo, eminentemente eurocêntrica, por meio de uma epistemologia decolonial. Afirmam que modernidade, colonialidade e decolonialidade são elementos, ainda que separados, que não podem ser pensados sem os outros, surgindo durante o mesmo processo histórico. Colonialismo e colonialidade, ressalte-se, não se referem à mesma coisa. O primeiro faz referência ao domínio imperial em territórios e tempo específicos (a partir do século XVI até meados do século XX). A colonialidade é ainda mais complexa e persistente; nela, o domínio e a exploração classificam e hierarquizam etnias e lugares, continuando a vigorar até hoje, ainda que a descolonização política tenha alcançado inúmeros países no século XIX (COLAÇO; DAMÁZIO, 2012, p. 127).

A ordem discursiva que permite a existência de enunciados colonialistas é, entretanto, permeada de resistências. Na verdade, as relações de poder somente existem devido às inúmeras resistências que se embatem, cotidianamente:

> [...] De fato, as relações de poder são relações de força, enfrentamentos, portanto, sempre reversíveis. Não há relações de poder que sejam completamente triunfantes e cuja dominação seja incontornável. [...] Quero dizer que as relações de poder suscitam necessariamente, apelam a cada instante, abrem a possibilidade a uma resistência, e é porque há possibilidade de resistência e resistência real que o poder daquele que

> domina tenta se manter com tanto mais força, tanto mais astúcia, quanto maior for a resistência. De modo que é mais a luta perpétua e multiforme que procuro fazer aparecer do que a dominação morna e estável de um aparelho uniformizante (FOUCAULT, 2006, p. 232).

Tais discussões teóricas sobre colonialismo, colonialidade, relações de poder e resistências apontam para a possibilidade de construção de outros tipos de visões de mundo. No que diz respeito ao direito e ao ensino brasileiros, com suas bases sedimentadas na cultura europeia, permitem a legitimação, elaboração e interpretação de regras e comportamentos que deem relevo a vozes dissonantes, subalternizadas a partir da conquista portuguesa.

3 Comunidades tradicionais e direitos educacionais: algumas previsões na Constituição Federal de 1988 e na Lei de Diretrizes e Bases

Corpos, modos de vida, concepções de mundo foram, portanto, deslegitimados pela ordem discursiva inaugurada com a colonização e assim permanecem sob narrativas colonialistas. As instituições pedagógicas e jurídicas tem sua origem nessas relações de poder e por meio de sua ótica ainda se organizam. E, no entanto, nenhuma relação desse tipo possui uma dominação triunfante ou uniformizante, conforme ressaltado acima. Resistências existem e são praticadas cotidianamente em ambos os campos, do direito e da escola, tal como se pode verificar nas lutas por interpretação e aplicação dos direitos educacionais em comunidades tracionais, tais como as indígenas e quilombolas. Cristiane Derani ressalta algumas características destas comunidades:

> Posse comunal ou familiar da terra; 2. Produção voltada predominantemente para dentro da comunidade; 3. Distribuição comunitária do trabalho não assalariado; 4. Tecnologia desenvolvida e transmitida por processo comunitário, a partir da disposição de adaptação ao meio em que se estabelecem; 5. Transmissão da propriedade e conhecimento, pela tradição comunitária, intergeracional (DERANI, 2012, p. 86-87).

Observa-se assim, ainda que diante da forte presença da episteme ocidental moderna, inúmeras culturas que permeiam o território brasileiro, reconhecidas pela legislação nacional. A Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) faz referência à

proteção de culturas diferenciadas de certos grupos em seus art. 215 e 216. O art. 215 possui a seguinte redação:

> Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.
> § 1º O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.
> 2º A lei disporá sobre a fixação de datas comemorativas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais.
> 3º A lei estabelecerá o Plano Nacional de Cultura, de duração plurianual, visando ao desenvolvimento cultural do País e à integração das ações do poder público que conduzem à:
> I - defesa e valorização do patrimônio cultural brasileiro;
> II - produção, promoção e difusão de bens culturais;
> III - formação de pessoal qualificado para a gestão da cultura em suas múltiplas dimensões;
> IV - democratização do acesso aos bens de cultura;
> V - valorização da diversidade étnica e regional.

Por sua vez, o art. 216 determina a proteção dessas formações culturais, institui o Sistema Nacional de Cultura com o objetivo de promover os direitos culturais, que, segundo a letra constitucional, são regidos por diversos princípios, dentre eles a diversidade de expressões culturais brasileiras, a transversalidade das políticas culturais e a cooperação entre os entes federados e instituições privadas. O art. especifica o que considera como patrimônio cultural brasileiro:

> Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:
> I - as formas de expressão;
> II - os modos de criar, fazer e viver;
> III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas;
> IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;
> V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

A Carta possui um capítulo reservado ao reconhecimento e proteção indígena (art. 231 e 232) e um artigo no qual reconhece a propriedade de remanescentes de quilombos (art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias).

No mesmo norte, a Lei de diretrizes e bases da educação nacional de 1996 – LDB (BRASIL, 1996) em suas disposições gerais, estabelece nos art. 78 e 79, respectivamente:

> Art. 78. O Sistema de Ensino da União, com a colaboração das agências federais de fomento à cultura e de assistência aos índios, desenvolverá programas integrados de ensino e pesquisa, para oferta de educação escolar bilíngue e intercultural aos povos indígenas, com os seguintes objetivos:
> I - proporcionar aos índios, suas comunidades e povos, a recuperação de suas memórias históricas; a reafirmação de suas identidades étnicas; a valorização de suas línguas e ciências;
> II - garantir aos índios, suas comunidades e povos, o acesso às informações, conhecimentos técnicos e científicos da sociedade nacional e demais sociedades indígenas e não-índias.
> Art. 79. A União apoiará técnica e financeiramente os sistemas de ensino no provimento da educação intercultural às comunidades indígenas, desenvolvendo programas integrados de ensino e pesquisa.
> § 1º Os programas serão planejados com audiência das comunidades indígenas.
> § 2º Os programas a que se refere este artigo, incluídos nos Planos Nacionais de Educação, terão os seguintes objetivos:
> I - fortalecer as práticas sócio-culturais e a língua materna de cada comunidade indígena;
> II - manter programas de formação de pessoal especializado, destinado à educação escolar nas comunidades indígenas;
> III - desenvolver currículos e programas específicos, neles incluindo os conteúdos culturais correspondentes às respectivas comunidades;
> IV - elaborar e publicar sistematicamente material didático específico e diferenciado.
> § 3º No que se refere à educação superior, sem prejuízo de outras ações, o atendimento aos povos indígenas efetivar-se-á, nas universidades públicas e privadas, mediante a oferta de ensino e de assistência estudantil, assim como de estímulo à pesquisa e desenvolvimento de programas especiais.

Por fim, ressalta-se que a Resolução n. 08 do Ministério da Educação (BRASIL, 2012) estabelece as diretrizes curriculares nacionais, no que diz respeito à educação básica, para a educação quilombola. Tal normatização possui como fundamentos a memória coletiva, a língua, os marcos civilizatórios, as práticas culturais, as tecnologias próprias e a organização do trabalho, a oralidade, a territorialidade e as festas e tradições das comunidades quilombolas brasileiras (art. 1º).

Observa-se, dessa forma, que a legislação assegura respaldo às comunidades tradicionais, garantindo em suas unidades escolares um ensino que:

a) permita a diversidade étnica e a memória comunal;

b) utilize de suas línguas maternas e de seus processos de aprendizagem;
c) ampareas suas manifestações culturais;
d) possua em seu quadro docente professores bilíngues e, preferencialmente, oriundos das próprias comunidades;
e) se desenvolva por meio de material didático específico;
f) abarque conteúdos interculturais, ou seja, não somente relativos à pretensa cultura homogênea nacional, mas próprios das comunidades tradicionais em que serão desenvolvidos.

Por sua vez, a jurisprudência firmou o entendimento de que os povos indígenas não podem ser privados de receber uma educação de qualidade (BRASIL, 2009), cabendo à União, aos estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, em conjunto, zelar pela garantia do direito constitucional, assegurando a implementação de condições básicas e fundamentais em favor das comunidades tradicionais (BRASIL, 2008), de forma plena e eficiente.

4 Parâmetros jurídico-culturais de interpretação: efetividade do direito à educação em comunidades tradicionais brasileiras

Todavia, embora o quadro tenha se alterado, ainda se observa a tendência em atribuir ao ensino indígena e quilombola noções e princípios totalmente alheios às comunidades tradicionais. Nesse passo, as escolas deixam de concretizar seu objetivo principal, qual seja, a construção de um espaço fronteiriço de fluxo de saberes e identidades. Com efeito, esclarece a antropóloga Andrea Lisset Pérez (2007, p. 236):

> Esse modelo educativo, imbuído de noções e idealizações sobre o tipo de sujeito e de sociedade que se espera construir, não está livre de valorações sociais e culturais. Tal padrão responde ao ideário da sociedade ocidental, e nisso se situam sua potência e sua capacidade de inferência social, pois os grupos indígenas terminam sendo "escolarizados" sob uma estrutura solidamente estabelecida, cujos princípios lhes são alheios. O que finalmente ocorre é que, em vez de uma "troca de saberes", produz-se uma confrontação silenciosa de lógicas de pensamento, cujo controle está nas mãos do saber e do poder institucionalizado. Essa situação tem um efeito direto e de alguma maneira "perverso" sobre as crianças indígenas, no sentido de que são elas as que vivenciam o conflito e devem suportar as exigências de um sistema que desvaloriza e/ou nega suas necessidades.

Reconhece-se, dessa forma, a necessidade de maior eficácia na concretização dos direitos educacionais à comunidades tradicionais. A escola, como uma instituição de sequestro (FOUCAULT, 1987, p. 143), construída por meio de uma cultura eurocentrada, fabrica indivíduos adequados à normalização social, sendo herdeira de modos de vida coloniais, permeada por exclusões e inclusões que, na maioria das vezes, deslegitimam qualquer outra forma de viver e produzir.Nesses moldes, seu disciplinamento objetiva, ainda, a civilização de todos aqueles corpos diferenciados, seus alunos, ainda que para isso desconsidere regramentos jurídicos como os anteriormente observados.

O direito, por sua vez, também faz parte dessa sociedade de normalização. Tais regras podem ser consideradas formas de resistência, oriundas de lutas sociais de grupos e comunidades interessados, que entram na ordem discursiva, podendo ser assujeitadas e "docilizadas" pelo próprio espaço que as produziu. A colonialidade se mantém, portanto, e sua decolonização é uma tarefa cotidiana, permeada por lutas de resistência e conformidades (MIGNOLO, 2005, p. 42). A par com os direitos acima elencados é necessário, portanto, que a sua não concretização seja levada a sério por nossos tribunais. A hermenêutica jurídica deve, para isso, levar em consideração certos parâmetros de julgamento.

Em primeiro lugar, deve ser considerado que a ordem discursiva deslegitimou a história contada pelos povos indígenas e negros, seus conhecimentos e culturas:

> Assim, podemos perceber que durante nossa História houve uma seleção de conteúdos, de modo que alguns foram selecionados para integrarem os currículos enquanto que outros, não. Em outras palavras, existem questões de poder que permeiam este universo e que acabaram por privilegiar conhecimentos advindos da matriz europeia, deixando de lado conteúdos e saberes africanos, como se ambos não pudessem dialogar entre si e estarem presentes nos nossos currículos e práticas da Educação Básica brasileira (HAERTER; NUNES; CUNHA, 2013, p. 274)

Dessa forma, tais saberes não inseriram-se nos currículos escolares, os quais por muito tempo privilegiaram o cientificismo, teorias estrangeiras e uma relação ensino-aprendizagem estritamente reservada à sala de aula. Ao contrário, nessas comunidades, os espaços de aprendizagem são amplos, incluindo festas, rituais religiosos, relações estabelecidas nas e entre as famílias:

> O processo do ensinar e do aprender na/da tradição se organiza em torno da oralidade, da tradição e do prazer em fazer no cotidiano das vivências.

> Fé, ancestralidade, sagrado, historicidade, oralidade, comunitarismo, hierarquia, ritual, tradição, alegria e devoção fazem parte da pedagogia que se configura nesses espaços (ROCHA, 2011, p. 39-40).

Faz-se primordial que o professor, profissional essencial no processo de formação e aprendizagem das crianças e jovens, além de bilíngue, tenha conhecimento e convívio com as tradições e cultura das comunidades tradicionais, elaborando currículos e programas específicos, de acordo com a rotina de cada comunidade, de modo a estar em contato direto com a realidade vivenciada pelo grupo social.

Isso conduz à necessidade do professor perceber a importância da elaboração dos conteúdos curriculares a partir de um prisma intercultural que atinja, igualmente, o material didático. Há, portanto, o dever de conhecer a cultura do "outro" de uma forma densa (GEERTZ, 2008, p.112) e com uma predisposição decolonial (WALSH, 2009, p. 15). Ressalte-se que também o julgador deve ter essa compreensão para poder decidir lides daí advindas, pois, nas palavras de Jorge Miranda (2002, p. 195):

> Está em causa, antes de mais, o reconhecimento aos cidadãos pertencentes a uma minoria dos mesmos direitos e das mesmas condições de exercício dos direitos dos demais cidadãos. Mas não basta evitar ou superar a discriminação. É necessário assegurar o respeito da identidade do grupo e propiciar-lhe meios de preservação e de livre desenvolvimento. Donde, a atribuição de direitos particulares – de direitos fundamentais próprios desses grupos, de carácter individual ou institucional – e a prescrição ao Estado de correspondentes incumbências (grifos nossos).

Outro parâmetro jurídico importante é a verificação da criação de espaços que permitam a troca de saberes, descentralizando a figura do professor e organizando o ensino de acordo com as categorias comunitárias de poder, fundamentadas na cosmovisão, cultura oral, construção coletiva, ancestralidade e intergeração (ROCHA, 2011, p. 35).

Por fim, a proteção à diversidade étnica e à memória do grupo deve ser efetivada em um ambiente não formalista e universalizante. A diversidade não é, conforme observamos acima, própria das instituições escolares e jurídicas. A disciplina adestra corpos, os normaliza, procurando aproximá-los a um modelo de conduta instituído socialmente. Ao contrário disto, a questão étnica está fortemente conectada com as comunidades tradicionais, especialmente estas que aqui tratamos:

> Na contemporaneidade, a construção de uma escola inclusivae de qualidade passa,necessariamente, pela ampliação dasreflexões quanto ao reconhecimento e ao respeito à diversidadehumana como elemento

> positivo.O grande desafio a ser enfrentado é o de integrar outros valoresao cotidiano pedagógico com vista à consolidação de umprocesso educacional que respeite a cultura, o modo de ser e defazer as coisas que caracterizam os vários grupos étnico-raciaiscomponentes da população brasileira.Portanto, ao incorporar a dimensão racial no fazer pedagógicodiário, reafirma-se a necessidade de, cada vez mais, estendero conceito de democratização escolar, usando como elemento didático as experiências socioculturais dos estudantes destesvariados grupos étnicos, em especial os grupos negro e indígena,secularmente discriminados (ROCHA, 2011, p. 48-49).

Percebe-se, a partir de todo o exposto, que o jurista deve lançar mão de conhecimentos de direito mas, igualmente, culturais, específicos dos agrupamentos cujos direitos educacionais estiverem em jogo. Apesar de todo o conjunto de regras jurídicas previstas tanto constitucionalmente, quanto na LDB, ainda há muito a ser concretizado, tendo o julgador um papel fundamental na proteção aos direitos de comunidades tradicionais.

5 Considerações Finais

Partiu-se do pressuposto de que a escola e o direito modernos possuem uma formação colonizadora e fortemente disciplinar. Nesse sentido, procurou-se elencar algumas regras jurídicas relativas aos direitos educacionais em comunidades tradicionais, apontando a necessidade de sua concretização por meio de uma perspectiva decolonial.

O ensino em comunidades tradicionais deve ser pautado, assim, no respeito às peculiaridades de sua população e às suas visões e modos de vida, de modo a, em vez de obrigá-la a assimilar a cultura nacional, definir uma metodologia de ensino em consonância com sua identidade diferenciada.

Portanto, mais importante do que proporcionar a padronização curricular em moldes eurocentrados, é definir parâmetros jurídicos e concepções didático-pedagógicas aptas a respaldar a riqueza e diversidade das características das comunidades tradicionais, conquistando, assim, uma educação intercultural efetiva.

6 Referências Bibliográficas

BRASIL. **Constituição da República de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 05 de março de 2015.

_____. **Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, de 20 de dezembro de 1996**. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/arquivos/pdf/ldb.pdf. Acesso em 05 de março de 2015.

_____. **Resolução n. 08 do Ministério da Educação**. Disponível em: http://www.seppir.gov.br/arquivos-pdf/diretrizes-curriculares. Acesso em 05 de março de 2015.

_____. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **Agravo de Instrumento n. 0047727-86.2007.4.03.0000**, Relator Márcio Mesquita. Data de Julgamento: 29/09/2009. Disponível em: <http://www.trf3.jus.br/NXT/Gateway.dll?f=templates&fn=default.htm&vid=trf3e:trf3ve>. Acesso em 18 maio de 2015.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação Cível n. 2003.72.02.001549-1**, Relatora Marga Inge Barth Tessler. Data de Julgamento: 10/09/2008. Disponível em: <http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.phporgao=1&documento=2743272&termosPesquisados=indigena|abelardo|luz>. Acesso em 18 mai. 2015.

BUJES, Maria Isabel Edelweiss. Descaminhos. *In*: COSTA, Marisa Vorraber (org.). **Caminhos Investigativos II**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lamparina, 2007.

COLAÇO, Thais Luzia (org). **Elementos de Antropologia Jurídica**. 2 ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

_____; DAMÁZIO, Eloise da Silveira Petter. **Novas perspectivas para a antropologia jurídica na América Latina:** o direito e o pensamento decolonial. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012.

DERANI, Cristiane. **Estudos sobre acesso aos recursos genéticos da biodiversidade, conhecimentos tradicionais associados e repartição de benefícios**: interpretação da Medida Provisória 2186/2001. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Tradução de Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. 3 ed. Rio de Janeiro: NAU, 2005.

_____. **Ditos & Escritos**. Volume IV. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.

_____. **Microfísica do Poder**. Rio de Janeiro, Graal, 1993.

_____. **Vigiar e punir**. Tradução de Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 1987.

FREITAS, Lorena Martoni de. **Norma e Direito:** Michel Foucault e o excesso normativo-jurídico. Alethes: Periódico da Graduação em Direito da UFJF, n. 04, v. 06, pp. 309-335, jul./dez., 2014.

GEERTZ, Clifford. **A Interpretação das Culturas**. Rio de Janeiro: LTC, 2008.

HAERTER, Leandro; NUNES, Georgina Helena Lima; CUNHA, Deise Teresinha Radmann. **Refletindo acerca da contribuição da cultura quilombola aos currículos da educação básica brasileira, através da presença da história da África e Afrobrasileira.** São Leopoldo, v.18, n. 3, p. 267-278, dez. de 2013.

MIGNOLO, Walter D. **La opción descolonial**. Letral, n. 01, p. 04-22, 2008.

_____. A colonialidade de cabo a rabo: o hemisfério ocidental no horizonte conceitual da modernidade. *In*: **A colonialidade do saber:** eurocentrismo e ciências sociais**.** Buenos Aires: CLACSO, Consejo Latino americano de Ciencias Sociales, 2005. p. 35-54.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição.** Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PÉREZ, Andrea Lisset. Escola indígena: uma reflexão sobre seus fundamentos teóricos, ideológicos e políticos. **PERSPECTIVA**, Florianópolis, v. 25, n. 1, p. 227-244, jan./jun. de 2007.

QUIJANO, Anibal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina**.** *In*: LANDER, Edgardo (org). **A colonialidade do saber:** eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas. Colección Sur Sur, Clacso, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2005.

_____. Colonialidade e Modernidade/Racionalidade. *In*: BONILLO, Heraclio (comp.). **Los conquistados.** Tradução de Wanderson Flor do Nascimento. Bogotá: Tercer Mundo Ediciones; FLACSO, 1992.

ROCHA, Rosa Margarida de Carvalho. **A pedagogia da tradição**: as dimensões do ensinar e do aprender no cotidiano das comunidades afro-brasileiras**.** Paidéia: Revista do Curso de Pedagogia da Faculdade de Ciências Humanas, Sociais e da Saúde da Universidade FUMEC, Belo Horizonte, ano 08, n.11, p. 31-52, jul./dez. de 2011.

SAID, Edward. **Cultura e Imperialismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

VEIGA-NETO, Alfredo da; FISCHER, Rosa Maria Bueno. **Foucault, um diálogo**. Educação & Realidade, v. 29, p. 07-25, jan./fev., 2004.

WALSH, Catherine. Etnoeducación e interculturalidad em perspectiva decolonial. *In:* **Desde Adentro:** Etnoeducación e Interculturalidad en el Perú y América Latina. Lima: Centro de Desarrollo Étnico, 2011.

ENSINO JURÍDICO E CIÊNCIAS CRIMINAIS: PROBLEMATIZAÇÕES A PARTIR DA EPISTEMOLOGIA DO DIREITO

Haniel Duarte da Silva[*]

Palavras-chave: ensino jurídico, criminologia, epistemologia, pensamento complexo

Resumo: O presente artigo procura abordar a o Ensino Jurídico no Brasil, tendo como foco as Ciências Criminais. Para tanto, realiza-se a contextualização epistemológica, ressaltando a importância de uma epistemologia compromissada para as possibilidades da ação jurídica. Da mesma maneira, procura-se a aproximação entre o Pensamento Complexo e o Ensino Jurídico, a fim de ressaltar as diferenças entre o paradigma da complexidade e o paradigma simplificador. Por fim, aborda-se a importância da Criminologia e discute-se qual Criminologia é necessária para o atual momento.

Key-Words: legal education, criminology, epistemology, complex thinking

Abstract: This article seeks to address the Legal Education in Brazil, focusing on the Criminal Sciences. In order to do so, we seek for an epistemological context, stressing the importance of a committed epistemology to the possibilities of legal action. Likewise, it seeks approximate Complex Thinking and Legal Education in order to highlight the differences between the paradigm of complexity and the paradigm of simplicity. Finally, it discusses the importance of Criminology and which Criminology is required for the present.

[*] Graduando em Direito pela Universidade Federal de Rio Grande. Link para o currículo lattes: http://lattes.cnpq.br/4088883208310265.

1 Introdução

Para sentir-se vivo, o homem precisa experimentar as inquietações da linguagem, encontrar espaços de discursividade que possam ser cúmplices de seus sentimentos.
(Luis Alberto Warat)

É bastante provável que o debate sobre o ensino jurídico brasileiro tenha atingido um nível sem precedentes. Existem diversos fatores para se levar em consideração quando procura-se analisar os motivos que levam diversos pesquisadores (diversidade de metodologia, de referencial bibliográfico, diferentes localidades, etc.), mas é possível identificar em diversas situações uma variável que se repete: a maneira como se ensina o direito hoje no Brasil é insustentável. Dentre as variáveis também se encontra a mercantilização do ensino, fato constatado geralmente ao se apresentar o número de faculdades (principalmente privadas) de direito. No entanto, mesmo que a situação seja preocupante, é necessário lembrar que, décadas atrás, Luis Alberto Warat e Roberto Lyra Filho, para falar apenas destes, já denunciavam os problemas que se encontram hoje nas discussões a educação jurídica. No presente artigo, aborda-se a temática em uma tentativa de dialogar com a tradição (ou a falta de tradição) do Direito, resgatando, sempre que possível, o já dito e o não-dito.

Reconhece-se, portanto, a necessidade de (re)pensar o Direito, o ensino no e do Direito, a epistemologia jurídica, em outras palavras, as próprias possibilidades de se ensinar Direito. É neste momento que as escolhas são mais necessárias, quando existem diversos caminhos entrecruzados e com riscos próprios, mas é preciso escolher um. Esta escolha é, ao mesmo tempo, o reconhecimento da complexidade da temática e da negação do pensamento totalizante. Enquanto que, ao realizar o recorte, é possível respeitar o conjunto, através de cautela metodológica, a tentativa de encontrar respostas únicas para problemas diferentes sempre carrega o maior dos perigos, o de roubar o outro de sua outridade, tornando-o o mesmo.

É pensando desta maneira que se realiza a escolha de problematizar a relação entre ensino jurídico e ciências criminais, ou, para delimitar ainda mais, a relação entre ensino jurídico e criminologia. Entende-se que esta última relação é, ao mesmo tempo, a mais problemática e a que carrega maior potencial de mudança na realidade. Várias são as

justificativas para a escolha deste assunto, mas o principal talvez seja a inquietação de que a(s) criminologia(s) saltam aos olhos no atual momento do Brasil. Debates que envolvem questões de Direito Penal, Processo Penal, Política Criminal e também Criminologia extrapolam qualquer barreira física ou simbólica. Da família ao jornal de grande circulação, da rede social às provas de concurso público, da Universidade ao bar da esquina, se faz criminologia. Este é o motivo de não ser possível, aqui, delimitar o problema ao professor ou ao aluno de Direito. É, talvez, sobre esta impossibilidade que o presente artigo queira tratar.

2 Aportes inicias: epistemologia e educação

Educar no es influir sino formar una conciencia problematizadora.
(Luis Alberto Warat)

Ao tratar das Ciências Criminais, Carvalho (2013, p. 49) aponta para a fragmentação, a partir do abandono das teorias clássicas (aquelas ligadas ao modelo da Ilustração), das Ciências Criminais. O que estava tecido conjunto, o complexo[1], fragmenta-se através da especialização, tornando as vias de diálogo entre Criminologia e Direito Penal subserviente ao último, que acionaria a criminologia quando necessário para legitimar o exercício violento do saber penal nas insuficiências próprias de um modelo dogmático rigoroso, onde não há espaço para a incerteza e para a contradição, e, consequentemente, para a realidade. A incapacidade do Direito Penal de lidar com a realidade, já no momento de sua consolidação dentro do Positivismo, empurra a Criminologia para dois lugares, um no plano das ideias e outro real: primeiro, para fora do próprio discurso penal; depois, para a prisão.

O principal problema é o caminhar para a hiperespecialização operada no Direito Penal, que, ao acompanhar a dogmática jurídica em geral, acaba por se fechar em si mesma, recolhendo para si aquilo que lhe agrada e ignorando tudo aquilo que lhe é prejudicial. Por

[1] As ideias acerca do pensamento complexo que são tratadas neste artigo expõem, resumidamente, noções trabalhadas pelo autor ao longo de grande parte de sua obra. Assim, não é possível realizar sequer uma tentativa de explicar no que consiste o Pensamento Complexo. Qualquer tentativa não poderia fazer se não cair em simplificações.

outro lado, a Criminologia toma o rumo contrário, abarcando o que se pode chamar de multidisciplinariedade, onde, embora não exista diálogo propriamente entre as diversas matrizes que irão compor seu pensamento, existe ao menos a coexistência. Se no Direito Penal o efeito e a causa são complementarem e se confundem, isto é, a cada passo que se deu em direção contrária à realidade, mais difícil se tornou o retornar, e que ainda carrega essa dificuldade de um Saber de lidar com o real, na Criminologia formou-se o que Zaffaroni (2012, p. 72) chama de Zoológico (em oposição ao museu, como geralmente são tratadas as teorias criminológicas na academia), onde a pluralidade teórica e a inexistência de constrangimento epistemológico permitiu às teorias sobreviverem. Este é o motivo pelo qual hoje não se trata simplesmente de pensar em termos de multidisciplinariedade, interdisciplinariedade ou transdisciplinariedade, mas de realizar as problematizações tendo em mente o nível epistemológico, para a construção, no andar, dos modos de entender as disciplinas em seu conjunto, em sua complexidade.

No primeiro momento é possível elencar dois fatores fundamentais para entender a relação entre Ensino Jurídico e Ciências Criminais. O primeiro é a própria questão da epistemologia, o segundo o da complexidade (ou da simplificação). Seja obliquamente, seja diretamente (que não se confunde com a objetividade e neutralidade própria do pensamento Positivista, mas sim na procura de pontos de tensão), é sobre estes dois pontos que este artigo irá tratar. No primeiro momento, busca-se o resgate da epistemologia como trabalhada por Warat, principalmente para tentar entender o que mudou em décadas de ensino jurídico, e no segundo, o pensamento complexo a partir de Morin. A importância deste lugar de fala explícito acompanha todo o trabalho, sob o risco de se tonar algo que não é.

Ao longo da presente tarefa é possível notar um andar entre Direito e Ensino, entre Ensino e Criminologia, entre Criminologia e Direito Penal e Direito Processual Penal, entre Política Criminal e Realidade. Este pensar em conjunto necessita, enquanto os muros dogmáticos permanecerem em sustentação, da procura de entre-lugares criativos. Acompanhando Prigogine (2003, p. 64), estes entre-lugares são, originalmente, a passagem estreita entre uma concepção determinista, que rejeita a incerteza como erro, e a ideia de aleatoriedade completa, onde qualquer esforço é inútil. Assim, a procura se dá entre o determinismo muitas vezes perverso, que dita, dominando, o que é real e o que não é,

forjando assim o que é passível de apreensão por um pensamento totalizante, e a impossibilidade de ação e a consequente inutilidade da reflexão de um pensamento que, de forma fatalista, abre mão do campo de lutas.

Para contribuir com a fluidez textual, é preciso partilhar da própria ideia de pensamento complexo. Na tradição das Ciências que compõe o saber humano, um paradigma epistemológico predominou. As tentativas de remover o não-científico ou mesmo o acientífico daquilo que se elegeu como Ciência passaram, necessariamente, pela simplificação. Seguindo a trilha revelada pelo positivismo científico, o paradigma simplificador operou na disjunção, isto é, na separação das áreas do conhecimento. O resultado é conhecido: rejeita-se prontamente tudo aquilo que é a própria possibilidade de constrangimento epistemológico. As perguntas passam a servir como trampolim para a resposta que já se têm, motivo pelo qual a certeza é uma constante. A ideia de discurso científico como verdade objetiva é paralela ao exercício do poder, o que significa a inserção do conhecimento científico em um campo de lutas que é, muitas vezes, escamoteado. A necessidade de (re)pensar os saberes é a capacidade de interação com a realidade que eles carregam.

Morin (2007, p. 5) apresenta a complexidade como palavra-problema, em oposição às palavras-solução buscadas por um paradigma simplificador. Assim, o pensamento complexo é aquele que abarca a diferença, a incerteza, a irredutibilidade e a desordem. A necessidade do pensamento complexo se faz no andar, não é algo dado ou descoberto. São as insuficiências do conhecer que o pensamento simplificador faz exsurgir que gritam ao complexo. Nos limites deste artigo, pode-se pensar que, sendo a dogmática jurídica a tentativa de sofisticação máxima de um discurso, mostrando-se como saber completo, não seria o caso de procurar pela simplicidade. No entanto, o pensamento complexo não elimina a simplicidade, mas sim integra-o. Assim, em tempos de falência dos modelos tradicionais, recorrer ao pensamento complexo não significa abdicar da procura de respostas óbvias que estão fora do discurso dominante, mas sim na integração destas possibilidades tendo em vista a incerteza. Não se trata, portanto, de partir de um grau zero no Ensino Jurídico e no próprio Direito, mas sim de, como refere Zaffaroni (2012, p. 24) prevenir acidentes perigosos ao saber, andando no corredor do conhecimento, o lugar deste.

Estas movimentações necessárias podem ser reconhecidas e trabalhadas no que Warat (2004, p. 362) chama de educação à nível epistemológico. Warat, como se sabe, pensou sobre o Direito por sua proximidade, como professor. A fluidez do diálogo entre Morin e Warat deve muito ao fato de partilharem autores como Bachelard e Montaigne em seu referencial teórico. Assim, a preocupação com o ensino problematizador, capaz de realizar leituras das realidades, pode ser aproximado do pensamento complexo, uma vez que opera em um paradigma não-simplificador, não-mutilador, que reconhece o conjunto e suas interações. A educação que não perde a epistemologia de seu referencial é aquela que está sempre atenta ao real e aos problemas que surgem das leituras mutiladoras do ensino.

Pode-se dizer com Warat (2004, p. 363), a constituição de uma teoria educacional de nível epistemológico passa pela compreensão do homem em sua totalidade, em oposição ao modelo que possuí a separabilidade como ideal a ser perseguido. Educar em liberdade é proporcionar instrumentos analíticos para o controle da transmissão e assimilação do conhecimento. É o que Morin (2000, p. 14) trata como conhecimento do conhecimento. É necessário examinar o conhecimento antes de sua utilização. Isto só é possível quando se é capaz de analisar o conhecimento transmitido, exercitando a possibilidade de pensar na ecologia da ação (Morin, 2011, p. 61), isto é, reconhecer a imprevisibilidade das ações que adentram no jogo de interações e retroações na realidade. Educando-se em liberdade, é possível educar para a liberdade, proporcionando as capacidades necessárias para a educação se tornar verdadeiramente emancipadora, no caminho de tomar para si a própria educação.

Por fim, o que resta é um incômodo, um sentimento de urgência. De maneira geral, e especificamente no Direito e nas Ciências Criminais, esta espiral é gerada pelo choque da necessidade de uma "distinção crítico-filosófica entre sua efetividade operacional e seu nascedouro ético-epistemológico" (2010b, p. xxi), isto é, não existe legitimidade da ação no campo dos saberes sem o que Morin chamou de conhecimento do conhecimento, sem a autocrítica do saber. E lembramos que, para Warat (2004, p. 373), o ensino jurídico deve ser reconhecido previamente como prática política dos Direitos Humanos. O fio condutor passa a ser, da operacionalização de determinados elementos, o reconhecimento do Humano em sua totalidade.

Este passeio, que atravessa as barreiras espaciais e temporais, demonstra que a preocupação com o saber científico e com o saber jurídico é correlata. Os problemas que o Direito encara são os mesmos, ao nível epistemológico e didático, das outras áreas do saber, principalmente em nível de conjunto. Além destes problemas, existem peculiaridades em todos os ramos do saber científico, e não é diferente no Direito. Resta, portanto, dentro do recorte do Ensino e das Ciências Criminais, articular estas peculiaridades com o constrangimento epistemológico do conhecimento em geral.

3 A tensão entre o direito dos homens vivos e dos mortos

Tudo é remediável, o tempo da resistência e da transgressão é concebível.
(Luis Alberto Warat)

Em 1987 escrevia Warat (2004, p. 374) que "é preciso reconhecer que o ensino do Direito quase nunca se situa como resposta superadora da opressão instituída e, muito menos, como atitude antecipatória do devir totalitário e do negro futuro da condição humana". Para não restar assim, não existe formula mágica. Existem, no entanto, caminhos possíveis. O caminho a ser explorado, aqui, é o proposto por Zaffaroni: ouvir as palavras dos mortos. Dado o recorte realizado, passa-se a se falar principalmente no âmbito do ensino das ciências criminais, mais especificamente na importância de uma criminologia cautelar no ensino.

Para Pandolfo (2010a, p.1) "*A criminologia é, fundamentalmente, a chance de desconstruir a tautologia da cultura punitiva*"[2], isto é, a continuidade dos discursos criminológicos em nível epistemológico, que possibilitam o que o autor chama de hábito mental que se perfaz na violência da criminologia com relação aos objetos que toma para si. A criminologia, tradicionalmente, se mostrou e ainda se mostra como tautologia da cultura punitiva, uma vez que, em suas análises sobre os efeitos e causas da violência, acaba praticando outros tipos de violência contra os elementos que objetificou. A chance de desconstruir a tautologia da cultura punitiva e da criminologia é a possibilidade de pensar a violência. Este pensar a violência, no presente trabalho, é ouvir os mortos.

[2] Grifo no original.

A proposta é, assim, que o Ensino Jurídico no âmbito das Ciências Criminais, apostando[3] que, uma vez que a Criminologia altere seu formato e conteúdo e sua maneira de fazer epistemologia, seja direcionado a transmitir a fina sintonia do "eco das vozes que emudeceram" (Benjamin, 1987, p. 223). Reconhecer que os mortos estão gritando, e que, por força da tradição criminológica e mesmo do pensamento científico em geral, a criminologia se encontra em dissintonia com aquele que deve ser agora a preocupação, com aquele que a própria criminologia ajudou a emudecer.

Esta tarefa, nada fácil, possuí múltiplos caminhos. Não é o objetivo deste artigo esgotar as possibilidades dentro do ensino da criminologia. O exposto até aqui, ao se tratar do ensino, da epistemologia e do pensamento complexo, faz surgir três bases em direção aos cadáveres. A primeira base é concernente ao pensamento complexo, explorando o que Morin denominou Três Viáticos. Em seguida, as relações de ensino entre professor e aluno e sua importância no Direito frente ao atual modelo jurídico educacional. Por último, um exercício próprio de epistemologia em criminologia, a partir de Zaffaroni e da Criminologia Cautelar. Talvez, após estes primeiros passos, seja possível desvelar novas ramificações, novos caminhos possíveis para a construção de um Ensino Jurídico que esteja em sintonia com os cadáveres.

Os Três Viáticos, apresentados por Morin (2011, pp. 61-63), possibilitam, em conjunto com o que já foi apresentado assim como relacionado com o que está adiante, mapear com cautela os caminhos a seguir. O primeiro deles já foi apresentado, é o que o autor chamou de ecologia da ação, ou seja, a integração da incerteza com a responsabilidade (política) dos atos humanos. As ações realizadas interagem, na realidade, com múltiplas outras ações, motivo pelo qual é impossível saber, no momento da ação, qual será seu efeito final. Isto não quer dizer, é claro, que a inação seja resposta, principalmente considerando que a problemática aqui trabalhada chama à ação. Significa, antes, ser responsável no agir e pela ação, não se escusar da reflexão necessária.

Em termos de educação jurídica, é reconhecer que o curso de Direito nunca é apenas transmissão de conhecimentos neutros e técnicos. Toda ação proveniente do pensamento jurídico é de responsabilidade, ao mesmo tempo, da pessoa que profere a

[3] Para Morin, como será trabalhado adiante, a aposta reside na integração da esperança com a incerteza.

palavra e do saber que proporcionou a palavra. Esta é a característica assustadora da ecologia da ação. O saber que mediatiza o contato com a realidade condiciona a ação, altera os rumos do futuro que se percebe. Se fosse possível achatar o tempo e vislumbrar as consequências e os fins das ações antes mesmo delas adentrarem o real, se deixaria de falar de cautela ou responsabilidade. Como este não é o caso, o mínimo é a práxis, como entendida por Paulo Freire (1987, p. 77), onde ação e reflexão são inseparáveis.

O Segundo Viático complementa o primeiro (os Três Viáticos são circulares, estão em constante retroalimentação), enquanto introduz a ideia de programa-estratégia. O programa representa a situação ideal, onde o ambiente é controlado e estável. Lança-se o objeto neste ambiente, se espera que ele retroaja de maneira determinada, ele o faz ou não. Os resultados, mesmo que não pré-determinados, possuem uma variação pré-determinada. A estratégia, por outro lado, se faz ao andar. O ambiente é instável, incontrolável, embora seja possível, ao longo do caminho, reconhecer as variantes e realizar adaptações no objeto lançado.

O Direito lida com ambientes instáveis e incontroláveis. Passando pela sala de aula, até a sala de audiências, as cidades e as pessoas, existem variantes demais para a pretensão tecer um programa, isto é, a estratégia se faz necessária enquanto as interações mudam de forma o próprio objeto. Este problema parece ficar claro quando pensamos no atual modelo de legislar, quando se procuram respostas abertas para abarcar o maior número de casos, mas sempre sobra algo do real. É por este motivo que o manuseio de códigos, como ensinado nas faculdades de Direito brasileiras, não poderia preparar o estudante para a diversidade de situações concretas. A rigidez do pensamento, a acriticidade, enfim, o ensino que não carrega a problematização molda um estudante que não é capaz de lidar com as situações onde se faz necessário mudar a trajetória originalmente prevista por questões que são, por excelência, do plano da incerteza.

O Terceiro Viático relembra a importância da aposta, da junção entre incerteza e esperança. É a aposta que guia, finalmente, a ação, uma vez que toda ação deve encerrar uma aposta. Ela representa a possiblidade da ação quando se enfrenta um universo de incertezas, quando se abraça a complexidade, sob o risco de engessar a ação dentro de uma perspectiva fatalista. A desordem inscrita na complexidade desestabiliza até o momento no qual é reconhecida e integrada ao pensamento.

4 Ensino Jurídico e Epistemologia

O mestre nunca transmite ideias, ele unicamente ilumina seu olhar, inspira para que o aluno acenda e se ilumine.
(Luis Alberto Warat)

Warat (2004, p. 422), ao falar do mestre, conta a história um mestre zen que estava morrendo chama um de seus discípulos e lhe informa que foi o escolhido para ser seu sucessor. Entrega para o discípulo um livro manuscrito, onde estava guardada todo o conhecimento proveniente das experiências dele e dos mestres anteriores a ele. O discípulo recusa o livro, oferecido por cima de uma fogueira, até que, devido a insistência do mestre, estende a mão, toma o livro, e o solta na fogueira. O mestre, irritado, contesta e pergunta o que o discípulo estava fazendo. O discípulo então responde, em tom de irritação, perguntando o que o mestre estava dizendo. O mestre morre com a certeza de haver escolhido bem seu sucesso, uma vez que um sábio pode queimar os ensinamentos do mestre.

Assim

> a sabedoria de um mestre, quando pretende ajudar o discípulo a aprender a sua própria sabedoria, é a de pretender formar mestres, nunca discípulos. Quando um mestre fracassa surgem os templos, os dogmas, os circos, os discípulos. Um mestre nunca quer que repitam suas palavras, que se botem de joelhos a seus pés, esse é o ideal do político maquiavélico, não de um mestre; ele só quer que cada um chegue a seu próprio cume (Warat. 2004, pp. 422-423).

Com as palavras de Warat em mente, qual o modelo dominante, décadas após a crítica de Paulo Freire ao ensino bancário? Como se ensina o Direito nas faculdades brasileiras? Estas são perguntas que, embora guiem grande parte dos estudos sobre educação jurídica, não podem ser respondidas taxativamente. Com certeza existem mestres e aspirantes a mestres, assim como existem discípulos de mestres, uma vez que é necessário uma dialogicidade, um mútuo entendimento, afinal, não se diz a palavra solitariamente. Dizer a palavra é sempre pronunciar para o outro, significa um encontro com a alteridade, com o outro. Assim, educação é diálogo e acontece em determinadas circunstâncias (Warat, 2004, p. 430). A partir de um paradigma do pensamento complexo, as circunstâncias são de possibilitar que, aquele que quer aprender, possa fazê-lo, para que

possa tratar posteriormente da sua própria educação. Existe um potencial emancipador que é impensável na relação vertical do aluno-professor. No entanto, existe também o potencial emancipador na relação aluno-aluno e na relação do aluno com ele próprio. Não é a falta de um mestre que impossibilita qualquer escapatória, que condena o aluno a permanecer soterrado pela incapacidade de problematizar o mundo. O mestre é aquele que possibilita a mediação com o real, mas não é a única forma de conhecer o real. Apenas para lembrar, uma vez que é algo que deve ser trabalhado com cuidado e que não poderia ser exposto aqui sob o risco de simplificação ou instrumentalização, a literatura realiza também a mediação com o real.

Além disso, as disciplinas do Direito ficaram fechadas em si mesmas por tempo demais. É assim que é possível que uma Faculdade de Direito possua um ótimo currículo, mas que seja necessário olhar atentamente para os professores e alunos para se perceber o nível epistemológico do ensino. As relações, desta maneira, se tornam importantes enquanto prelúdio das carreiras profissionais que são moldadas neste curso (do professor ao juiz, passando por técnicos do judiciário, promotores, defensores públicos e advogados, para mencionar apenas estes). Afinal, a capacidade problematizadora que deve ser perseguida na graduação se torna inútil ao sair da faculdade, e sim preparação para a vida.

Visto desta maneira, o currículo das faculdades de direito não só é importante, como merece atenção. Afinal,

> "tanto a inserção (*se* estudar) e o espaço (*quanto* estudar) da Criminologia no Ensino do Direito, quanto a definição do seu conteúdo (o que estudar), com que método e *para que*, envolve um conjunto de definições, a um só tempo, paradigmáticas e políticas, que transferem suas marcas ao Ensino, que têm impacto na construção de sujeitos (subjetividades), cuja palavra e ação tem impacto, a sua vez, na vida social" (ANDRADE, 2008 p. 4).

Se pensarmos a Criminologia como possibilidade de abertura epistemológica primeira dentro das Ciências Criminais, e que o Direito Penal e o Direito Processual Penal são disciplinas obrigatórias em qualquer curso do país, a importância que seu ensino ganha, para formação do bacharel crítico e capaz de problematizar a realidade, é definitiva.

Em pesquisa apresentada em dissertação de Mestrado, Garcia (2014, p. 111) apresenta os dados acerca da disponibilidade da disciplina de Criminologia nas vinte e sete Universidade públicas que analisou, todas em capitais. Em seis delas a disciplina é oferecida

como obrigatória, enquanto que em quatro a disciplina não é oferecida[4]. O restante, ou seja, dezessete cursos oferecem a disciplina de Criminologia como optativa. Além disso, a autora percebe que não existe uniformidade no período (semestre) no qual a disciplina é oferecida. Quando se tenta pensar a Criminologia como primeiro contato com a epistemologia das Ciências Criminais, a possibilidade de contato posterior ao ensino do Direito Penal e do Direito Processual Penal, desfavorece os constrangimentos epistemológicos proporcionados por uma Criminologia compromissada. Finalmente, ainda que a pesquisa foque nos principais centros Universitários do País, o ensino da Criminologia se encontra na maioria deles. Mas, como lembrou Vera Regina Pereira de Andrade, resta ainda a questão de qual Criminologia.

É neste sentido que a Criminologia Cautelar proposta por Zaffaroni parece melhor responder às necessidades do momento atual brasileiro. Não se abdica da tarefa costumeira do ensino da Criminologia, qual seja, a análise das diversas Escolas do Pensamento Criminológico, mas a realização, a leitura delas é feita de forma crítica. Além disso, a proposta de analisar a Criminologia Midiática, como espaço alheio à Criminologia Acadêmica, assim como ouvir os cadáveres e abandonar o que o autor chama de Criminologia Negacionista, são propostas cruciais para problematizar a realidade.

Primeiramente, cabe ressaltar a importância da pesquisa e da extensão que envolvam o pensamento criminológico. Não só de ensino, entendido como a maneira tradicional de produção do conhecimento, vive a Universidade. Assim, todas as reflexões até o momento, como as que serão realizadas agora, englobam também estes dois outros aspectos da vida acadêmica. A concentração no ensino não é por questão hierárquica, mas sim por compor o objeto central deste artigo. Da mesma maneira, a possibilidade de pesquisa na área é condicionada, na maioria das vezes, pela forma de se ensinar Criminologia. Dificilmente o estudo acrítico das diversas escolas criminológicas possibilitará trabalhos relevantes na área das Ciências Criminais. Enfim, a figura do mestre, já discutida, também aparece na pesquisa e na extensão.

Para melhor a importância, à nível radical, epistemológico, da proposta de Zaffaroni, pode-se pensar nos termos propostos por Morin (1999, p. 181) acerca da

[4] Para a análise minuciosa dos currículos, inclusive das ementas e das principais obras indicadas nos cursos analisados, conferir a dissertação.

circularidade explicação-compreensão, que se encontram em constante diálogo, complementando-se. Assim, as tentativas de apreensão da realidade através do pensamento abstrato, através da explicação que parte de dados objetivos, operadas pelas Ciências Criminais, como é o caso dos modelos etiológicos na Criminologia, ou mesmo da Criminologia Midiática. Quando a Criminologia Midiática constrói um *eles* a partir de dados abstratos e apropriações da realidade, está operando em um plano unicamente explicativo, que dessubjetiva os sujeitos através de uma pretensa objetividade. A compreensão, por outro lado, "é um conhecimento empático/simpático (*Einfühlung)* das atitudes, sentimentos, intenções, finalidades dos outros; ela é fruto de uma mimese psicológica que permite reconhecer ou mesmo sentir o que sente o outro" (Morin, 1999, p. 175).

A Criminologia Cautelar se movimenta no plano dialógico compreensão-explicação. Não perde de vista que "a compreensão, portanto, comporta uma projeção (de si para o outro) e uma identificação (com o outro), num duplo movimento de sentido contrário formando um ciclo" (Morin, 1999, p. 175). E neste ciclo, quando propõe ouvir os cadáveres, possibilita um encontro com a realidade que é em si compreensivo-explicativo. Por um lado, compreende o real de forma única, realizando uma mudança de nível epistemológico na Criminologia que tratou, desde sempre, de emudecer os cadáveres. Por outro, sinaliza a importância de se pensar sobre essa epistemologia, realizando exercícios problematizadores e de autocrítica. É natural que exista concorrência entre esses dois fatores, mas não existe relação de exclusão.

5 Considerações Finais

A aposta é na possibilidade de sintonizar na frequência dos cadáveres, para que, ouvindo o que eles têm para dizer, a Criminologia habilite sua capacidade de desconstruir a tautologia da cultura punitiva, ao invés de permanecer cultuando-a. Por outro lado, o constrangimento epistemológico no âmbito das Ciências Criminais proporcionado por esta desconstrução afeta as tentativas de legitimar o ilegitimável, a violência do Sistema Penal. Como lembra Zaffaroni (2012, p. 462), ainda não se encontrou substituto para este aparato que é massacre em potencial, o que reforça a necessidade de não só se abster da legitimação

do poder punitivo, como de operar na deslegitimação da violência inerente a ele. A reforma do pensamento, segundo Morin (1996, p. 253), pressupõe uma reforma do ensino que necessita de uma reforma do pensamento. Assim, o começo, ao menos, é circular.

A questão do Ensino em geral e do Ensino nas Ciências Criminais permanece em aberto, afinal, a estratégia se faz ao andar.

6 Referências bibliográficas

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Por que a criminologia (e qual criminologia) é importante no ensino jurídico?** Disponível em: http://www2.mp.ma.gov.br/ampem/artigos/Artigos2008/ARTIGO%20-%20VERA%20ANDRADE%20-%20ENSINO%20DA%20CRIMINOLOGIA.pdf Acesso em 01/06/2015

BENJAMIN, Walter. Sobre o conceito da História. In: **Magia e técnica, arte e política: Ensaios sobre literatura e história da cultura.** 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 1987.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia.** 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido.** 17ª Ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

GARCIA, Mariana Dutra de Oliveira. **A criminologia no ensino jurídico no Brasil**. 2014. 286 f. Dissertação (Mestrado em Direito). UFSC: Florianópolis, 2012.

MORIN, Edgar. **O Método 3.** Porto Alegre: Sulina, 1999.

_____. **Os sete saberes necessários à educação do futuro.** 2ª Ed. São Paulo: Cortez; Brasília, DF: UNESCO, 2000.

_____. **Introdução ao pensamento complexo.** 3ª Ed. Porto Alegre: Sulina, 2007b.

_____. **A cabeça bem feita:** repensar a reforma, reformar o pensamento. 19ª Ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2011.

PRIGOGINE, Ilya. O fim da certeza. In: **Representação e complexidade**. MENDES, Candido (Org.); LARRETA, Enrique (Ed.). Rio de Janeiro: Garamond, 2003.

SOUZA, Ricardo Timm de. Apresentação. In: PANDOLFO, Alexandre Costi. **A criminologia traumatizada**: um ensaio sobre violência e Representação dos Discursos Crimonológicos Hegemônicos do Século XX. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. pp. xxi-xxiv.

WARAT, Luis Alberto. **Epistemologia e ensino do direito:** o sonho acabou. Coord.: MEZZAROBA, Orides, *et al*. Florianópolis: Fundação Boiteax, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A palavra dos mortos:** conferências de criminologia cautelar. São Paulo: Saraiva, 2012.

ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DO CONCEITO DE SOBERANIA EM "DE IURE BELLI AC PACIS" DE HUGO GROTIUS

Felipe Pante Leme de Campos[*]

Palavras-chave: soberania; Hugo Grotius; Jean Bodin; direito de resistência;

Resumo: A teorização da soberania enquanto conceito relacional de poder, que se opõe a outras esferas potestativas imediatamente concorrentes, de forma a afastá-las, foi utilizada sobretudo enquanto elemento conformador de legitimação e fundamento do Estado Nacional**.** Tal perspectiva apresenta a soberania como reflexo do poder da sociedade civil organizada e, assim, em sua projeção interna, como poder vinculatório mandamental em relação aos súditos e, em sua projeção externa – trato extraterritorial – na condição recíproca e igualitária dos entes soberanos**.** Hugo Grotius, com acentuada influência aristotélica, criva a soberania com aspectos de sua formação humanista e teológica, pelo que se empenha no esforço teórico na busca do permanente cuidado com a vida social. Assim, na medida em que aos homens enquanto inerente a sociabilidade com vistas a um fim comum, gozar da proteção das leis, encontra no Estado a sua mais perfeita união, embora adira à ideia de unidade e de total acatamento ao governo do soberano pelo povo, entende que ao poder civil é impositiva a observância dos preceitos que a tal fim o instituíram, é dizer, o soberano deve sempre governar com permanente busca pelo cuidado com a vida social, na perspectiva interna, pelo que se teria, inclusive, excepcionalmente, em sendo inobservado tal preceito, a possibilidade restritiva de resistência pelo povo. Utiliza ainda a teologia para a busca da paz temporal, pelo que sem retirar do soberano a majestade potestativa, avoca a imprescindível observância da justiça e equidade, além dos preceitos de direito natural – *ius gentium* – como elementos inafastáveis das relações para além das fronteiras territoriais, o que seria imperioso inclusive quando do estado de guerra. Assim, o presente artigo busca analisar, os aspectos valorativos que permearam a construção da ideia de soberania presente no pensamento de Hugo Grotius na obra "*De Jure Belli ac Pacis*", de forma a identificar os elementos por ele considerados, sob a perspectiva do direito internacional, enquanto conformadores do conceito de soberania, pelo que utilizou-se do método indutivo, procedimento comparativo e técnica de pesquisa de revisão bibliográfica.

[*] Mestrando em Direito do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Pesquisador bolsista do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq). Membro do grupo de pesquisa CNPq-UFSC, Ius Commune em História da Cultura Jurídica.
Lattes: http://lattes.cnpq.br/3466353353712889

Key-Words: sovereignty; Hugo Grotius; Jean Bodin; right of revolution

Abstract: The theory of sovereignty as a relational concept of power, which opposes the other closely linked spherics competitors in order to drive them away, was mainly used as shaping element of legitimacy and the founation of the nation state. This perspective shows the power of sovereignty as a reflection of the organized civil society and thus in its internal projection, as power binding writ in relationship to its subjects, and its external projection - extraterritorial tract - in the reciprocal and egalitarian condition of sovereign entities. Hugo Grotius, with sharp Aristotelian influence, sieve sovereignty with aspects of his humanistic and theological

formation at that engages in theoretical effort in the pursuit of permanent care of the social life. Thus, to the extent that men as inherent sociability with a view to a common end, enjoy the protection of the laws, the State is its most perfect union, while adhering to the idea of unity and full compliance to the government of the sovereign by the people understands that the civil power is imposing compliance with the requirements that this end the set up, that is, the sovereign should always rule with permanent quest for the care of social life, the internal perspective, so it would have been even exceptionally, in being unobserved such provision, the restrictive possibility of resistance by the people. Uses even theology to the pursuit temporal peace , so without removing the sovereign to squeeze majesty, claim the indispensable observance of justice and equity , in addition to the precepts of natural law - ius gentium - not be as avoided elements of relationships beyond the territorial boundaries , which would be compelling even when the state of war. Thus, this paper analyzes the evaluative aspects that permeated the idea of sovereignty present in the thought of Hugo Grotius in the work " De Jure Belli ac Pacis" and which extend it comprehend the

sovereignty concept through his work. The inductive method was used in combination with comparative procedure and bibliographic review as research technic.

1 Introdução

Hugo Grotius (1583-1645) nasceu em Delft, cidade na qual sua família integrava um restrito círculo patriciado com considerável influência política.[1] Homem de seu tempo, já aos 14 anos recebeu o grau de doutor *honoris causa* pela universidade de Orleans. Sua distinta formação aproximou-o de forma significativa nos desígnios jurídico-políticos da República dos Países Baixos. Torna-se conselheiro do príncipe Maurício de Nassau e, poucos anos após traduzir para o latim um tratado sobre navegação por esse último utilizado, escreve seu *De Jure* Praedae, pelo que publica também seu *Mare Liberum* (1606). A atuação distinta enquanto jurista em Haia reflete em sua nomeação para o cargo de Advogado-Fiscal a partir do que se aproxima das questões pertinentes a Companhia das índias Ocidentais.

O contexto histórico que o tocou, marcado notoriamente pelo *animus* belicoso da Guerra dos Oitenta Anos, e, portanto, do julgo espanhol, além da Guerra dos Trinta Anos e a expansão comercial ultra-marina das potências, influenciaram de forma significativa não apenas sua atuação, mas a formação de seu pensamento enquanto filósofo, político e jurista.

Com marcada acentuação humanista, de matiz aristotélica, com viés naturalista laicizado, fundamenta não apenas a teorização de um *ius gentium* inerente ao homem enquanto em tal condição específica, porém afastado da questão eclesiástica, mas teoriza também a conformação do Estado Nacional. É-lhe, portanto, atribuída, com mérito, a construção teorizada de um direito internacional das gentes que acarreta e contribui para a teorização do direito internacional em suas bases principiológicas.

Ao se debruçar por sobre a teorização de uma sociedade harmônica, justa e equilibrada, destrincha os corolários reflexos de seu tempo ao tornar jurídico o estudo do direito da guerra e da paz, o que se vê de forma plena em seu *De Jure Belli as Pacis*, publicado em 1625. Entretanto, apesar de analisar Hugo Grotius com maior primazia o trato

[1] Nesse sentido, esclarecedora a introdução exposta por (VILLEY, 2005) e (MACEDO, 2006).

humanista e laicizado entre povos de distintas Nações – *ius gentium* -, teoriza também nesta obra, sob essa mesma perspectiva, algumas das bases de conformação do Estado Nacional, de forma que, para além de fundamentar a associação dos homens sob um governo civil, sobre um território específico, expõe ainda concepções acerca do conceito de soberania. Conceito esse teorizado poucos anos antes, de forma bastante completa, pelo pensador francês Jean Bodin, através do seu *Les six livres de la republique* (1576)[2], a quem é atribuída a originalidade da teorização do conceito.

Assim, apesar da teorização da soberania realizada de forma extensa por Bodin, a Grotius considerado enquanto um dos teorizadores iniciais e principais precursores do direito internacional, é olvidado o mérito de também teorizar a conformação de uma soberania com teor reflexo de sua formação, (HESPANHA, 2014, p.155) sob uma perspectiva da construção de uma sociedade humana pacífica e justa, enquanto associação de homens e nações permeadas por um direito comum, direito esse que se comunica com os entes soberanos estatais e pelo que se permite extrair o substrato do conceito de soberania.

O presente trabalho busca, portanto, analisar o pensamento de Hugo Grotius constante da obra "*De Jure Belli ac Pacis"* de forma a identificar e extrair os elementos por ele considerados, sob a perspectiva do direito internacional, enquanto conformadores do conceito de soberania, teorização essa exposta por Jean Bodin, verificando, por fim, a harmonização da construção do conceito de soberania quanto a consecução principal de sua obra. Como metodologia, utilizou-se no presente artigo do método indutivo, procedimento comparativo e técnica de pesquisa de revisão bibliográfica.

2 O pensamento de Hugo Grotius

[2] O conceito de soberania remete-se, assim, a Bodin, quem primeiro forjou-o de forma complexa e concatenada, captando os elementos centrais de justificação e fundamentação situando-o como uma das categorias definitórias da ideia de modernidade. Afinal é a partir do conceito de soberania que se delimita o Estado-Nação e o processo de homogeneização identitária que o caracteriza como corpo unitário.
Bodin que cinzelou sua reflexão no âmbito de uma realidade marcada pela centralização econômica e material que requeria uma construção política que funcionasse como centro ordenador da identidade nacional, tecendo os fios espirituais da unidade entre os homens. Quando diretamente aborda a soberania, a faz como em sendo "o poder absoluto e perpétuo de uma República, que os latinos denominam majestatem, os gregos ἀκραν ἑξουσιαν, κυρίαν ἀρχ e κῦρίον πολίτευμα, e os italianos segnoria [...]." (BODIN, 2011a, p.195) de forma que seria a soberania o fundamento e origem de constituição do mais elevado poder de influência, ou seja, o poder senhorial que dispõe da autoridade necessária para dar força de lei aos mandamentos, vinculando aos que se encontram subordinados a ele, vez que não há nenhum outro poder superior, sob pena de retirar-lhe a majestade soberana.

Hugo Grotius não se debruça de forma específica sobre a conceituação da soberania[3] nem tampouco se prolonga de forma detalhada acerca das manifestações jurídicas do político ou da forma de organização interna do Estado tal qual o faz Bodin. Entretanto, são apresentadas de forma esparsa diversos elementos que permitem demonstrar o pensamento do autor enquanto na construção da soberania sob a perspectiva do *ius gentium*.

> Pode ocorrer que, num Estado de grande extensão, as autoridades subalternas tenham recebido o poder de mover guerras. Quando isso ocorre pode-se, a partir desse momento, considerar a guerra como feita em virtude da vontade da autoridade soberana, pois aquele que delega a qualquer outro o direito de fazer uma coisa é considerado o autor. (GROTIUS, 2005a, p.171).[4]

Assim, portanto, ao formular e teorizar a relação entre nações, a origem das instituições, o esmiuçar da guerra, do direito e sua aplicação na realidade dos povos enquanto integrantes de uma comunidade humana, apresenta também alguns dos elementos conformadores da organização política de um povo e perpassa, assim, à aparente teorização singela da soberania que se apresenta de forma completa, ainda que em diversos trechos esparsos de sua obra.

2.1 As premissas contingentes da natureza humana

Dentre os brios de Hugo Grotius há, certamente, o de dissociar o poder civil do poder divino, laicizando-o sem, entretanto, incorrer na negação a Deus, pelo que inclusive concilia a laicização da organização da sociedade civil com elementos naturais, mas, em

[3] Esclareça-se, nesse sentido, que há uma conceituação específica, apesar de breve, do autor sobre o poder soberano, ao afirmar que "chama-se soberano quando seus atos não dependem da disposição de outrem, de modo a poderem ser anulados a bel-prazer de uma vontade humana estranha." (GROTIUS, 2005, p.175).

[4] Nesse sentido, enquanto teorizador voltado para a construção do soberano e do fortalecimento do Estado Nacional, Bodin esmiúça todos os poderes internos pelo que afirma que "O oficial é a pessoa pública que tem um cargo ordinário limitado por um édito. O comissário é a pessoa pública que tem um cargo extraordinário limitado por uma comissão. Há duas espécies de oficiais e comissários: uns têm poder de comandar e são chamados magistrados, os outros de conhecer ou executar os mandamentos. Todos são pessoas públicas, mas nem todas as pessoas públicas são oficiais ou comissários, como os pontífices, bispos, ministros, que são pessoas públicas e beneficiários, mas não oficiais." (BODIN, 2011c, p.41) e prossegue o autor ao preservar a unidade e majestade soberana: "Por esse motivo, os reis e Príncipes que são mais ciosos da sua grandeza costumam colocar em todas as cartas de ofícios uma cláusula antiga que retém a marca da monarquia senhorial, a saber, que o oficial gozará do ofício ENQUANTO NOS APROUVER." (BODIN, 2011c, p.62)

concomitante aproximação, avocar a todo o tempo os elementos naturais conformadores dos povos, necessidade, sociabilidade e razão inerente com a imanência do e no povo.

Concilia, assim, elementos constitutivos dos povos enquanto movidos pela necessidade de proteção mútua diante da fraqueza e da ausência de elementos congênitos de defesa para, fundados no consenso mútuo, constituírem os homens o Estado. Os homens, assim, viveriam num estado natural pelo qual teriam latente o risco de morte, seja por ataques, seja por fraquezas e doenças comuns, pelo que Deus lhes teria concebido a fala e lhes dotado da razão para discerni-los dos animais que possuem, por sua vez, elementos naturais de proteção e defesa.

Acresce ainda à imanência da sociabilidade humana, a natureza comum dos homens que derivaram de um tronco familiar comum, pelo que a própria natureza teria estabelecido entre os homens um laço de parentesco, pelo que "decorre que é um crime para um homem armar ciladas para seus semelhantes. Entre os homens, os pais são como deuses a quem é devida uma honra, senão ilimitada, pelo menos de uma natureza especial. " (GROTIUS, 2005a, p.42).

Tem-se, assim, com fundamento em elementos naturais, a razão e a vida social enquanto elementos conformadores da inicial associação dos homens, finalidade essa que enquanto condição inicial de existência, deve ser mantida pois, dessa necessidade de proteção mútua e recíproca que aos homens enquanto aproximados, associam-se e, uma vez organizados, constituiriam o Estado.

Há, portanto, dessa associação, para além da sociabilidade inerente aos homens enquanto motivadora, uma finalidade última e que deve ser, após a consumação da associação, observada, o que é definido como a "busca pelo cuidado com a vida social" (GROTIUS, 2005a, p.39).

Conquanto tratar-se de elemento natural finalístico, que pode não vir a ser observado pelos homens, vez que ausente o elemento vinculatório, esse princípio que promove a união dos homens e que deve ser mantido manifesta-se, então de forma vinculatória, através do direito civil, pois "como é uma regra do direito natural ser fiel a seus compromissos (era necessário, com efeito, que existisse entre os homens algum meio de se obrigar mutuamente e não se pode imaginar outro modo mais conforme à natureza) dessa forma surgiu o direito civil." (GROTIUS, 2005a, p.42). Ou seja, reconhece, ao tempo

que distingue a obrigação natural da obrigação civil, vez que não apenas a natureza humana que assim foi disposta por Deus os permite associar e constituir a comunidade, mas há necessariamente que permear essa associação alguma forma de obrigação recíproca e mútua em conformidade com a natureza humana, pois:

> A natureza do homem que nos impele a buscar o comércio recíproco com nossos semelhantes, mesmo quando não nos faltasse absolutamente nada, é ela própria a mãe do direito natural. A mãe do direito civil, no entanto, é a obrigação que a gente se impõe pelo próprio consentimento e, como esta obrigação extrai sua força do direito natural, a natureza pode ser considerada como a bisavó também do direito civil. A utilidade, contudo, vem se juntar ao direito natural. (GROTIUS, 2005a, p.43).

A fundamentação dessa obrigatoriedade e força vinculatória oriunda do direito natural é utilizada por Grotius, sobretudo, para fundamentar a mesma motivação e manutenção da sociedade entre nações, entre povos distintos, permeados pelos *ius gentium*[5], pelo que sua teorização busca a todo o tempo fundamentar. A dependência recíproca dos homens e a inerente sociabilidade sempre com vistas a permanente busca pelo cuidado com a vida social seriam também as motivadoras que aproximam as nações[6], na medida em que Deus teria dividido os recursos naturais de forma que as nações forçosamente dependessem umas das outras e, assim, estabelecessem entre elas o comércio.

> O segundo princípio seria que, em tendo Deus concedido dons distintos a cada nação, abençoando os diversos países com recursos diferentes, também relacionado a esse estado primitivo de uso comum, pelo que os homens, necessitando uns dos outros, estreitassem entre si os laços sociais, a eles livre seria a navegação pelos mares, notadamente com vistas ao comércio, na medida em que a um povo não seria lícito não dispor dos recursos dos quais foram beneficiados em comunhão com outros povos; observado o justo pagamento do preço. (GROTIUS, 2005a, p.330).

[5] Importante especificar que segundo Grotius, o termo *jus gentium* refere-se tanto ao direito humano para além do direito civil, como também se refere ao direito natural das gentes, que é superior a todos os seres e dita-se pela condição do homem enquanto tal, pois: "[...] os reis, como o exige a norma da sabedoria, não têm responsabilidade somente sobre a nação que lhes é confiada, mas sobre todo o gênero humano [...]. O nome de Minos não se tornou odioso para a posteridade por outra razão senão porque ele conferia como fronteiras para sua equidade, os limites de seu próprio império." (GROTIUS, 2005, p.48). Apresenta, ainda como exemplo desta distinção o fato de que há "*jus gentium*" quando nações entre si se vinculam volitivamente, e portanto tal vinculação tão somente a estas nações é comum, visto que "mais ainda, muitas vezes num ponto do universo, há um tipo de *ius* gentium que não existe em outro lugar, como o da catividade e o de postlimínio [...]" (GROTIUS, 2005, p.88).

[6] Como corolário do direito civil enquanto pertencente às associações de homens às quais aderem consensualmente, regras iguais surgiram da utilidade não das associações específicas, mas do vasto conjunto dessas associações, o que denomina Grotius enquanto direito das gentes. Dessa forma, no direito das gentes, aplicar-se-ia a mesma inerência à sociabilidade, enquanto constituídos os Estados de homens, pois: "não há nação tão forte que, às vezes, não possa ter necessidade do auxílio das outras, seja com relação ao comércio, seja até para rechaçar os esforços de várias nações estrangeiras contra ela." (GROTIUS, 2005, p.46).

A sociedade civil, portanto, surge enquanto decorrência da necessidade humana de conservação e proteção, mas ao qual são inerentes não apenas a razão humana, mas a permanente busca pelo cuidado com a vida social, pelo que, conquanto manifestação do direito natural[7] com a necessária força vinculatória[8], aos homens consentidos nessa organização decorre a instituição do Estado.

> [...] Deve-se notar, contudo, que na origem os homens não se encontram reunidos em sociedade civil para obedecer a um mandamento de Deus, mas o fizeram espontaneamente, levados a essa associação pela experiência da fraqueza das famílias isoladas e desarmadas contra a violência por seu isolamento. Essa tem sido a fonte da sociedade civil que Pedro (I Pedro II, 13) chama, por isso, de ordenação humana, embora seja em outro local chamada de ordenação divina porque Deus aprovou essa instituição favorável à humanidade. Deus, ao aprovar a lei humana, se dispõe a aprova-la somente como humana e do ponto de vista humano. (GROTIUS, 2005a, p.250).

Esboçado, portanto, o Estado, passa-se a definir o poder que se lhe apõe enquanto diretivo, denominado poder civil. É, portanto, esse poder civil que se identifica com o poder soberano na medida em que não depende de nenhum outro poder e dispõe da prerrogativa, dentre outras, de conferir poder mandamental às leis, vinculando aos que lhe estão subordinados.

2.2 O Estado conformado enquanto associação natural

[7] Quando do trato da justeza e conformidade do direito de guerra e de sua não contrariedade com o direito de natureza, registra o autor distinção importante acerca dos conceitos expostos: "É este último ponto de vista do honesto que é sobretudo o objeto de preocupação das leis tanto divinas quanto humanas, cuja finalidade é a de tornar até obrigatórias as coisas que, por sua natureza, não eram senão louváveis." (GROTIUS, 2005a, p.100).

[8] Não apenas faz a distinção 'genealógica' do direito civil, mas de forma clara faz a distinção entre a concepção de direito posto, enquanto decorrente do poder civil e direito natural, como inerente ao homem, na medida em que "A melhor divisão do direito [...] é a que se encontra em Aristóteles, segundo o qual há um direito natural e um direito voluntário, que ele chama legítimo [...] Às vezes o designa também de direito estabelecido. Encontramos a mesma distinção entre os hebreus que, ao exprimirem com exatidão, chamam o direito natural de *Mitsvoth* o direito estabelecido de *Khukkim*, termos que os helenistas costumam traduzir como deveres, o primeiro, e mandamentos, o segundo." (GROTIUS, 2005, p.78-79).

Conformado o Estado enquanto decorrente da contingência humana, dirigido pela razão, os homens consentidos obrigam-se assim de forma mútua e recíproca e dão corpo[9] a um coletivo associativo com finalidades originárias que devem ser observadas após a efetiva associação.

Entretanto, apesar de esboçar a associação enquanto corolário natural inerente aos homens, trata Grotius efetivamente acerca do assunto quando do trato da aquisição de direitos sobre as pessoas. Nesse sentido, adere anteriormente ao pensamento de Aristóteles quando da aceitação das sociedades desiguais, visto que "um é o direito daqueles que vivem entre si na igualdade, outro o daquele que governa e daquele que é governado, considerados ambos como tais." (GROTIUS, 2005a, p.74).

O reflexo do poder mandamental partiria, assim, da premissa do direito do pai para com os seus filhos, que é a forma originária de aquisição de um direito sobre as pessoas posto que os filhos, incapazes de se governarem, devem restar sujeitos ao poder dos pais e, em prevalência, à autoridade paterna na medida em que não pode haver duas autoridades – mãe e pai – em igualdade de poderes visto que podem não concordar entre si e, assim, prevalece a autoridade paterna pela superioridade do sexo. (GROTIUS, 2005a,p.385).

Assim, ao filho caberia não apenas ser governado pelo pai até a plena formação de seu juízo e perfeito discernimento, mas, uma vez alcançados estes pelo desenvolvimento natural e amadurecimento do juízo, ao filho cabe na execução de seus atos buscar sempre agradar aos pais, posto que a autoridade em relação às suas ações é, pela natureza das coisas, inerentes à piedade filial devida aos pais.

Parte, assim, quando do trato da associação, da premissa do senhor da casa e do lar tal qual o faz Bodin[10]. A associação humana seria para Grotius uma forma de aquisição de direitos sobre as pessoas que, com a sujeição, seria a espécie do gênero consentimento.

[9] Nesse sentido: "Não é, de fato, a mesma coisa um corpo natural e um corpo moral; uma só cabeça não pode servir a vários corpos humanos, mas com relação aos Estados, uma só pessoa considerada diversamente pode ser o chefe de vários corpos distintos." (GROTIUS, 2005a, p.176)."

[10] Como ponto inicial para entender-se o poder soberano é mister reconhecer a relação do senhor privado, do lar, para com os seus e a dimensão para a República daquilo que é comum entre os senhores privados, ou, dito de outra forma, a reunião dos senhores privados no trato do que lhes é comum é que dita a esfera pública e, neste contexto, a vida política, pois "República é um reto governo de vários lares e do que lhes é comum, com poder soberano." (BODIN, 2011a, p.71). Verifica-se então no lar a premissa menor do poder soberano verificado na República, diferenciando-se o tratamento mandamental do senhor para com os filhos, esposa, escravos e súditos, pois infere-se que, em sendo o lar bem governado pelo senhor da casa, reunidos então os distintos lares no que lhes é comum, ter-se-á uma República bem governada, pois, afirmando o caráter

O direito de aquisição de pessoas se verifica de três formas, a geração, consentimento e por causa de um delito. Quanto a aquisição de direito sobre as pessoas na forma de consentimento, este provém de uma associação ou de uma sujeição.

A associação mais natural é o casamento, pelo que "segundo o direito de natureza, o casamento é uma coabitação do homem e da mulher que coloca a mulher como que sob o olhar e guarda do homem [...] por isso toca ao marido regular o domicílio." (GROTIUS, 2005a, p.390).

Tem-se, portanto, em decorrência da superioridade do sexo, a prevalência do homem enquanto chefe da família que pode, por isso, contrair diversas mulheres e delas dispor, visto que "de fato, antes da Lei, santas pessoas tiveram diversas esposas ao mesmo tempo e, na Lei há alguns preceitos (Deuteronômio XXI, 15) dados aos que têm diversas esposas de uma vez." Entretanto, a ressalva ao soberano decorre também das escrituras sagradas ao apor que "É proibido ao rei (Deuteronômio XVII, 16-17) de possuir um número excessivo de esposas e de cavalos. A esse respeito, os intérpretes hebreus observam que se permitia ao rei dezoito esposas ou concubinas." (GROTIUS, 2005a, p.391).

Projetado, portanto, o senhor da casa enquanto detentor do poder de superioridade por sobre os filhos e a mulher, tem-se no trato dos senhores em si a constituição da sociedade civil que reflete o poder mandamental.

> Independentemente dessa associação, a mais natural de todas, há outras que são privadas ou públicas. Essas últimas são estabelecidas por um povo ou formadas de povos entre si. Todas elas têm comum que nas coisas pelas quais a sociedade é estabelecida, o corpo inteiro ou a maioria em nome do corpo, obriga os particulares que fazem parte da sociedade. [...] Como seria claramente injusto que a maioria seguisse a lei da minoria, assim também é uma coisa natural que a abstração feita das convenções e das leis que regulam a maneira pela qual os negócios devem ser tratados, a maioria deve ter o mesmo direito que o corpo inteiro. (GROTIUS, 2005a, p.413).

No que pertine a segunda espécie de aquisição de direito sobre a pessoa na forma de consentimento, é dizer, a sujeição voluntária, esta pode ser pública ou privada[11]. Esta

incontrastável da soberania do senhor da casa, afirma: "Mas dentre todos esses não há nenhum a quem a natureza tenha dado a faculdade de comandar, e menos ainda de submeter a outrem, afora o pai, que é a verdadeira imagem do grande Deus soberano, pai universal de todas as coisas, como dizia Proclo o Acadêmico." (BODIN, 2011a, p.101).

[11] Esclareça-se quanto a sujeição pelo veio da força a então aproximação com o pensamento de Bodin que circunscreve o Estado sem o elemento do consenso o que o fez afirmar que a origem das Repúblicas se deu

última como forma mais comum verifica-se na "ad-rogação pela qual um indivíduo se entrega à família do outro, de maneira a depender dela como um filho de idade madura é submisso a seu pai". Há ainda a escravidão, espécie mais vil de sujeição, pelo que há considerável número de homens que se o fazem voluntariamente, uma vez que "essa obrigação perpétua é compensada pela segurança de ter sempre alimentação, segurança que não têm aqueles que alugam seus serviços dia-a-dia." (GROTIUS, 2005a, p.420-422).

Por fim, verifica-se a sujeição que nasce de um delito "todas as vezes que aquele que mereceu perder a liberdade é reduzido pela força[12] sob o poder daquele que tem o direito de o punir." A sujeição pode ser, também, pública ou privada, divergindo apenas quanto a duração no tempo, é dizer, à primeira tem-se a perpetuidade enquanto à última não ultrapassa a pessoa do punido. (GROTIUS, 2005a, p.427).

Conciliados, pois, os fundamentos de um jusnaturalismo laicizado enquanto motivação para associação humana e conformação do Estado – governo -, são lançados também os elementos que conformam o território de um determinado Estado, inicialmente fundamentados no direito natural, propriedade compartilhada a todos os homens, para, após a contingência e necessidades racionalizadas consentidas, pactuam os homens a correta divisão das terras e distanciam-se, então, em nações, pelo que o soberano exerce, então, sua soberania.

2.3 Propriedade e possessão[13]: a construção do território como elemento soberano

Parte, então, do mesmo estado natural no qual os homens seriam puros e ingênuos, consoante as escrituras ao afirmar que nos primórdios "todas as coisas ficavam em comum

pela imposição da força e sujeição dos demais, pois, considerando-se Nemrod, neto de Cam, o primeiro monarca senhorial segundo atesta a Bíblia, teria sido o primeiro a sujeitar os homens pela força e violência, estabelecendo, desta feita, seu principado na Assíria, pois "Ao contrário, Plutarco diz que os primeiros senhores não tinham nenhum ponto de honra diante de si além de forçar os homens e mantê-los em sujeição como escravos [a exemplo de Nemrod]. Eles deixavam o principado aos seus filhos por direito sucessório, como diz Tucídides." (BODIN, 2011b, p.43).

[12] Afirma também, de forma específica, acerca da soberania adquirida quando da guerra por sobre os vencidos, pois "A soberania pode ser adquirida pela vitória, enquanto reside num rei ou em outro soberano. Então, se sucede somente a seu direito e nada mais." (GROTIUS, 2005b, p.1188).

[13] Impende esclarecer quando do trato da concessão de terras para estrangeiros o que "Demóstenes chama as terras que pertencem aos donos do território de *propriedades* e aquelas que se possui no território de outro de *possessões.* (GROTIUS, 2005a, p.343).

e pertenciam de modo indiviso a todos, como um patrimônio comum.", pelo que cada um poderia apropriar-se daquilo que quisesse e consumir o que podia ser consumido, pois do que alguém se havia apropriado outro não poderia tirá-lo sem injustiça. Os homens viviam da simplicidade – em oposição à astúcia e à esperteza -, na medida em que não tinham outro cuidado senão o de servir a Deus – simbolizado pela árvore da vida -, pois "havia nos homens mais a ignorância dos vícios do que o conhecimento das virtudes, o que pode ser atestado pela nudez inicial. (GROTIUS, 2005a, p.310-311). "Os homens, porém, não perseveraram nessa vida simples e inocente", pelo que degeneraram em astúcia – representada pela árvore da ciência - e ambição, representada pela torre de Babel. (GROTIUS, 2005a, p.313).

A ambição, ainda, levou o homem a não se satisfazer com alimentos silvestres, de habitar em cavernas e de utilizar folhas como vestes, pelo que passaram a optar por um modo de vida mais cômodo e tiveram de recorrer as indústrias; que não fora mantida no estado primitivo da sociedade pela distância dos locais em que os homens foram se estabelecer além da ausência de justiça e amor que os levava a não observar, como poderia ter ocorrido, a igualdade, nem no trabalho nem no consumo dos produtos. "A partir do momento em que a comunidade de bens passou a desagradar", os homens, através de um acordo, pactuaram que o que cada um ocupasse seria de sua propriedade. (GROTIUS, 2005a, p.314). Decorre, portanto, a propriedade desse pacto entre os homens como corolário do aumento de homens, animais, cultivos e etc. verificados no espaço limitado, pelo que razoável às famílias pactuarem a divisão inicial do bem comum, "é que a ocupação só tem lugar em matéria de coisas limitadas. (GROTIUS, 2005a, p 316.).

Nessa perspectiva, excetua dessa divisão inicial o mar, uma vez que a apropriação tem lugar tão somente em relação as coisas limitadas e, ainda, como no início dos tempos a maior parte do mar ainda não era conhecida, seria impossível imaginar como as nações tão separadas umas das outras pudessem entrar em acordo para semelhante divisão.

Dessa forma inicial da divisão da propriedade decorrem princípios importantes na teoria de Hugo Grotius que, ainda que na construção do *ius gentium*, permeiam também os elementos constitutivos do Estado, no caso, para além do território enquanto elemento definido sobre o qual se lhe aplica a jurisdição soberana, vez que aplicadas as leis

decorrentes do poder civil sobre o povo que ali habita, tem-se ainda dois princípios importantes.

O primeiro, a manutenção inerente do direito de necessidade, pelo que não pela caridade em si, mas em conformidade com o estado inicial das coisas – quando do pacto da propriedade os homens procuraram manter-se o menos afastados da equidade- , seria lícito ao homem utilizar a coisa cuja propriedade caiba a outrem sem que, entretanto, o proprietário esteja também em estado de necessidade e, portanto, o mal que lhe seria causado não seria justificado.[14]

O segundo princípio seria que, em tendo Deus concedido dons distintos a cada nação, abençoando os diversos países com recursos diferentes, também relacionado a esse estado primitivo de uso comum, pelo que os homens, necessitando uns dos outros, estreitassem entre si os laços sociais.

Nessa perspectiva, excetua dessa divisão inicial o mar, uma vez que a apropriação tem lugar tão somente em relação as coisas limitadas e, ainda, como no início dos tempos a maior parte do mar ainda não era conhecida, seria impossível imaginar como as nações tão separadas umas das outras pudessem entrar em acordo para semelhante divisão, assim, a eles livre seria a navegação pelos mares, notadamente com vistas ao comércio, na medida em que a um povo não seria lícito não dispor dos recursos dos quais foram beneficiados em comunhão com outros povos; observado o justo pagamento do preço. (GROTIUS, 2005a, p.330).

Como corolário desse pensamento central, aos povos seria lícita a passagem por entre países estrangeiros, desde que observada a comunicação ao soberano, posto que aos povos é imprescindível a acolhida dos estrangeiros em seu solo – direito de residência por tempo limitado -, e ainda, aos estrangeiros expulsos de sua pátria, deve-lhes ser concedido refúgio e moradia fixa, desde que observem todas as prescrições necessárias para evitar sedições. (GROTIUS, 2005a, p. 333).

Disso decorre que, quanto as coisas que não pertencem a ninguém, há duas coisas susceptíveis de ocupação: a soberania e a propriedade. Ambas são, rotineiramente,

[14] Nesse sentido, afirma que "A razão dessa decisão não é aquela que alguns alegam que o proprietário da coisa é obrigado, pela lei da caridade, de a ceder ao que lhe falta o necessário, mas porque parece que os bens tenham sido distribuídos a proprietários a não ser sob a reserva de um eventual retorno ao direito primitivo." (GROTIUS, 2005a, p.320).

adquiridas por um só e mesmo ato, entretanto tratam-se de coisas distintas, pois "a soberania se exerce ordinariamente sobre dois objetos: um, o principal, as pessoas, e esse objeto basta por si mesmo [...], quando se trata, [...] de multidão de homens, mulheres, crianças à procura de novas moradas; o outro, secundário, o local que se chama de território." (GROTIUS, 2005a, p.342), pelo que se justifica a concessão de terras para estrangeiros os quais, entretanto, permanecem sob a jurisdição do povo originário.[15]

Quanto aos mares, que são comuns a todas as pessoas assim como o ar que se respira, além de servirem à navegação e comércio entre povos e, portanto, estreitá-los em relação tal qual a natureza divina estes não podem ser objeto de aquisição uma vez que a propriedade tem lugar apenas nas coisas limitadas. Porém, enquanto inerente a jurisdição por sobre o território delimitado, entende que caberia a aquisição de soberania por ocupação em parte do mar, é dizer:

"A jurisdição sobre uma porção do mar parece poder ser adquirida da mesma maneira que outras jurisdições, ou seja, como dissemos anteriormente, por meio de pessoas e pelo mesmo direito sobre um território. Pelas pessoas, quando uma frota, que é um exército marítimo, estaciona em qualquer ponto do mar. Pelo território, quando do continente, se pode aplicar a lei aos que passam na parte vizinha do mar, como se eles se encontrassem sobre a própria terra. " (GROTIUS, 2005a, p.353).

Com relação as coisas abandonadas, tem-se o entendimento de que as coisas retornam ao seu estado inicial, posto que "uma coisa, de fato, que está a teu dispor sob certa condição, não deixa de ser tua" (GROTIUS, 2005a, p.360), pelo que , em tendo sido parte do território abandonado pelo proprietário, a coisa é passível de ocupação o que, entretanto, não afasta a soberania do povo ou pelo chefe desse povo inicialmente ali estabelecida, "assim, pois, quando as propriedades distribuídas desse modo dependem da propriedade geral, se algum bem vier a faltar ao dono particular, não é devido ao primeiro ocupante, mas retorna ao corpo inteiro ou ao dono superior." (GROTIUS, 2005a, p.361).

> Deve-se observar, porém, ao mesmo tempo, que as vezes as primeiras aquisições foram feitas por um povo ou pelo chefe desse povo, de tal modo que não somente a soberania, que encerra esse direito eminente como tratamos alhures, mas também a propriedade privada e inteira eram primeiramente adquiridas geralmente do povo ou de seu chefe. A seguir a

[15] Nesse sentido, esclarece que: "Demóstenes chama as terras que pertencem aos donos do território de *propriedades* e aquelas que se possui no território de outro de *possessões.* (GROTIUS, 2005a,p. 343).

> distribuição era feita em parcelas aos privados, de tal modo, contudo, que sua propriedade ficava dependente daquela propriedade primeira, como o direito de um vassalo depende do direito do senhor ou como o direito do enfiteuta depende daquele do proprietário. (GROTIUS, 2005a, p.360).

Corolários esses do direito natural, passa então a esmiuçar o usucapião e a prescrição enquanto decorrentes da lei civil, que se aplica a propriedade e, reflexo, à própria soberania. Como a natureza da sociedade humana não pode atribuir efeitos de direito aos atos morais e internos dos indivíduos, faz-se necessária a manifestação exterior do referido ato o que, porém, pode não ser decorrente apenas das palavras, na medida em que estas podem não corresponder ao ato moral.

Pelas conjecturas da vontade humana presume-se como verdadeiro contra aquele que empregou esses sinais o que destes decorre, assim "Assim, aquele que sabe que uma coisa lhe pertence está de posse de outro e que não apresenta nenhuma reclamação [...] é considerado como não tendo agido desse modo porque não queria mais contar esta coisa no número das coisas que lhe pertencem." (GROTIUS, 2005a, p.369). Condiciona, entretanto, o silêncio enquanto elemento válido de presunção de abandono a duas condições: "que o silêncio ocorra com conhecimento de causa e que aquele que o guarda tenha vontade livre.", pois "A abstenção daquele que ignora do que se trata carece de efeito e quando aparece qualquer outra razão que impediu de agir, toda conjectura da vontade não se realiza." (GROTIUS, 2005a, p.370).

Nessa perspectiva, as previsões do usucapião e da prescrição seriam aplicadas à soberania, mas, enquanto decorrentes do direito civil e não do direito natural, posto que o tempo nada cria, a autoridade soberana ao pô-las não se lhe sujeita. Entretanto, afirma que ao povo, quando da concessão inicial da soberania, ser-lhe-ia lícito pactuar a respeito e dizer, assim, de que maneira e depois de que espaço de tempo se poderia perder essa soberania pela falta de uso.

Expõe, assim, a construção do *ius gentium* que permeia as nações e, em partes comuns, utiliza dos mesmos fundamentos dessas, lançando, de forma reflexa os imperativos que legitimariam a conformação do povo, território, governo e a força de lei. A imposição da força, mandamental, utilizada enquanto teorização da imposição vinculatória do *mandamus*

inerente ao poder civil, assimila-se, assim, enquanto *summa potestas* quando da teorização da soberania também por Bodin.

São, assim, demonstrados os elementos constitutivos do governo e da soberania que a ele se segue, visto que, agora na ordenação humana tem-se que "O direito civil é aquele que emana do poder civil. O poder civil é o que está à frente do Estado. O Estado é uma união perfeita de homens livres associados para gozar da proteção das leis e para sua utilidade comum." (GROTIUS, 2005a, p.88).

> "A faculdade moral de governar um Estado, que se designa ainda pelo termo poder civil, é representada por três coisas em Tucidides [...] ele o chama de 'um corpo que tem suas leis, seus tribunais, seus magistrados'. Aristóteles distingue três parte (*sic)* no governo de uma república: a deliberação sobre os negócios comuns, o cuidado de eleger magistrados e a concessão de justiça. [...] Dionísio de Halicarnasso cita três itens principais: o direito de criar magistrados, o de fazer leis e ab-rogá-las, o de decidir sobre a guerra e a paz. [...] ainda um quarto item, o direito de julgar e, [...] o de regular sacrifícios e convocar assembleias do povo." (GROTIUS, 2005a, p.174).

O poder soberano, portanto, em sendo o que está à frente do poder civil – Estado – é aquele cuja determinação independe de qualquer outra vontade que não a do próprio soberano. Dessa forma, portanto, o poder soberano, uma vez estabelecido, não se subjuga a nenhum outro poder, exatamente por se tratar do poder superior e por ser da natureza das coisas não podê-las estender até o infinito, pelo que devem se deter a alguma pessoa ou assembleia e, uma vez feito, reside aí a soberania pois "É preciso refutar primeiramente a opinião daqueles que querem que a soberania resida em toda parte e sem exceção, no povo, de modo que seja permitido a esse último reprimir e punir os reis todas as vezes que fizerem mau uso do poder." (GROTIUS, 2005a, p.177).

3 A soberania sagrada em exumação profana

Ao soberano, portanto, cabe livremente o governo do povo que lhe é súdito, visto que, para além do reflexo mandamental da relação entre senhor e escravo, pai e filho, é assimilada assim, a pertinência da soberania à tutela que é instituída em favor do tutelado mas concede direitos ao tutor sobre aquele e que, portanto, não cabe ao tutelado julgar a boa ou má condução dos assuntos pelo seu tutor, mas ao magistrado e, nos assuntos de

Estado, como inexiste magistrado ou qualquer outro poder acima do soberano, as questões por ele conduzidas unicamente Deus poderia julgar.

Cabe-lhe, por conseguinte, exclusivamente, enquanto no exercício do poder soberano, as escolhas acerca do melhor governo consoante seu próprio juízo, não havendo previsão de resistência do povo, inclusive, quando diante de alegado mau governo, pois "qualquer que seja a forma de governo que podeis imaginar, nunca haverá de faltar nela inconvenientes ou perigos. " (GROTIUS, 2005a, p. 177).

Inobstante, porém, a impossibilidade de julgo do soberano pelo povo ou por quaisquer das autoridades comissárias por ele instituídas, posto que ausente um poder superior ao do soberano, esse, quando da afronta do direito natural, restaria sujeito ao julgamento de Deus e, mais, após efetivamente morto e cessada a soberania que anteriormente portava, poderia ser submetido ao julgamento do povo a sua memória, característica expiatória bastante para conformar a observância do direito natural.

> [...] os reis do Egito que, não se pode duvidar disso, exerciam como os demais reis do oriente um poder absoluto, se submetiam à observação de muitas normas. Se eles as violassem, não podiam ser acusados em vida, as após a morte era feito um processo à sua memória e, se fossem condenados, era-lhes recusada a pompa do sepultamento. O mesmo ocorria com os reis hebreus que tinha reinado mal. Seus cadáveres eram exumados do local consagrado à sepultura dos reis, medida excelente que conservava o respeito devido ao poder supremo e que, por temor de um julgamento futuro, levava os reis a evitar de violar seu juramento. (GROTIUS, 2005a, p. 206).

A Deus, então, única e exclusivamente caberia o julgamento do soberano[16], o que, entretanto, conforme a natureza das coisas, ocorreria tão somente no plano atemporal.

A impossibilidade de julgamento do soberano pelo povo, sua autoridade sagrada e a caracterização de crime de lesa-majestade[17] imputável àqueles que atentem sequer contra

[16] Bodin, quando do trato da submissão única do soberano às leis de Deus, afirma que "Digo portanto que cada um em particular prestava o juramento, [...] visto que o juramento só pode ser prestado, propriamente falando, do menor ao maior. [...] e todo o povo em conjunto deve jurar guardar as leis e prestar juramento de fidelidade ao monarca soberano, que deve juramento unicamente a Deus, a quem deve o cetro e o poder. Pois o juramento sempre comporta reverência àquele a quem ou em nome de quem é prestado. (BODIN, 2011a, p.218)"

[17] Quando do trato da (i)licitude de atentar contra a vida do príncipe, o que não seria permitido aos súditos - não resistência característica da soberania, afirma Bodin, conforme a lei de Deus bem como a Lei Júlia, que consideram culpado de lesa-majestade - pena-capital - quem tiver não somente atentado, mas apenas dado conselho para matar o magistrado ou comissário que tem poder de comandar "portanto, se é culpado de lesa-majestade divina e humana aquele que somente desacata os magistrados, qual pena pode bastar para aquele que atenta contra sua vida?" (BODIN, 2011b, p.68), afirma ainda, a constante proibição de atentar contra a vida ou a honra do Príncipe e também dos magistrados - ainda que maus - prevista na Bíblia: "Não maldirás o teu Príncipe e não desacatarás os magistrados. (Êxodo 22.28)", porém, afirma a "majestade" da Igreja na medida em que: "Apesar disso, os seus mais eminentes e doutos teólogos sustentam que nunca é lícito, não apenas matar, mas também se rebelar contra seu Príncipe soberano, a não ser que haja mandamento especial e indubitável de Deus [...]" (BODIN, 2011b, p.69), e ainda, demonstrando exemplos, de forma a afastar-se qualquer dúvida quanto à majestade do clero na condição de legítimo intérprete desta vontade divina, afirma, ao citar Jéu:

[...] que foi eleito por Deus e sagrado rei pelo profeta com mandamento expresso de fazer morrer a raça de Acabe. Ele era súdito e nunca atentou contra seu Príncipe por todas as crueldades, exações e assassínios de profetas que o rei Acabe e Jezabel haviam cometido, até que houvesse mandamento expresso da voz de Deus pela boca do profeta. (BODIN, 2011b, p.69, grifo nosso).

a honra do soberano são, entretanto, conciliadas com a não obrigatoriedade dos súditos de, em havendo ordem expressa do soberano atentatória ao direito natural, obedecer então ao soberano, afinal "todas as pessoas de bem estão na verdade de acordo sobre esse ponto: se os soberanos mandam algo contrário ao direito natural ou aos mandamentos de Deus, não se deve executar suas ordens." (GROTIUS, 2005a, p.234), o que, entretanto, não lhes autoriza qualquer direito de resistência sob essa perspectiva, pois é conforme também à lei de Deus que "Se por essa razão ou por um certo e eventual capricho do soberano, algum mau tratamento nos é infligido, convém suportá-lo do que resistir pela força." (GROTIUS, 2005a, p.234).

4 Do direito de resistência

Reiterando a unidade social enquanto busca pelo cuidado com a vida social em si, ao abordar a guerra, inclina-se a justificar a guerra pública, da coletividade e, por outro lado, refuta a guerra privada enquanto vingança arbitrária e exclusão dos magistrados para aplicar a vingança. Nesse sentido, ser-lhe-ia lícito ao homem tão somente repelir injusta ameaça se, sob pena de perecer, não lha pudesse levar a juízo, pois: "Se o ladrão, surpreendido no momento em que perfura o muro, é agredido de tal modo que venha a morrer, que agressor não seja acusado de assassinato, a menos que o tenha feito durante o dia, pois então se tornaria culpado de homicídio." (Êxodo, XXII,2) afinal, conforme registra, o conceito de violência utilizado pelos Romanos verifica-se "toda a vez que se quer que seja concedido o que se crê que é devido, sem recorrer ao juiz." (GROTIUS, 2005a, p.161).

Outrossim, é inerente ao homem a vida em sociedade e, assim, associados, a busca pelo cuidado com a vida social, conforme a reta razão. O que, entretanto, não afasta os homens desviados, com mente deturpada que desviam da lei natural e, assim, atentam contra o seu semelhante ou na condição de generais e reis, contra nações inteiras, do que decorre que, se fossem abolidas as penas capitais e o direito de proteção por armas, seguir-se-ia uma imensa onda de crimes e um dilúvio de males, de forma que se fosse a vontade de Cristo que tal situação se instalasse entre os homens, imperando o caos e o estado primitivo dos animais, teria decorrido da lei divina mandamento claro e expresso acerca da abstenção da pena de morte e nem tampouco do direito de levantar armas para defenderem-se os povos pacíficos e honestos. (GROTIUS, 2005a, p.122).

Ou seja, para que o Estado atenda aos fins para os quais fora estabelecido, o bem da paz pública e da ordem, ao soberano é lícito interditar o direito de resistência pois, se possibilitada sua coexistência, desconfigurada restaria a sociedade civil, mais se assemelhando, então, à sociedade dos Ciclopes, onde "cada um governa sua família e reina sobre sua mulher e seus filho', 'turba confusa onde ninguém obedece ninguém.'" (GROTIUS, 2005a, p.234), de forma que a majestade soberana não sobreviveria se aos privados fosse concedido o direito de resistência.

A bem da verdade, segundo o entendimento do pretenso resistente para quem determinado ato de governo desvirtuar-se-ia do justo ao lhe causar mal algum, registra que não há lei que responda completamente a todas as necessidades humanas, sendo exigido, portanto, que apenas a lei seja útil ao bem comum, à maioria em geral, pois quanto as coisas que acontecem em raridade embora a lei não se lhes aplique especificamente, permanece sua generalidade, pelo que as coisas específicas lhe são submissas.

Ao povo, portanto, cabe ser governado e, diante de eventual dano, cabe-lhe apenas suportá-lo pois "a majestade, isto é, a dignidade do povo ou do indivíduo que exerce o poder soberano se encontra defendida em todo lugar por muitas leis e outras tantas sanções estabelecidas. Ela não poderia se manter se fosse deixada a cada um a liberdade de resistência." (GROTIUS, 2005a, p.235-236), pelo que se mantém a finalidade da instituição da sociedade civil. Pelos mesmos motivos ao povo sequer é lícito falar mal do chefe de Estado, pois ao fazê-lo ultraja também o próprio Estado, pois "Não sem razão, pois o

exercício do poder supremo, exposto que está ao rancor de muitos, deve ser protegido de um modo particular em favor da segurança do soberano." (p.253).

Assim, sob pena de incorrer em erro e não compreender as coisas como elas se apresentam, são precauções imprescindíveis para a compreensão da soberania "a distinção da semelhança dos termos" e a distinção do "direito com a maneira de possuir o direito" (GROTIUS, 2005a, p.190-192), pois:

> Os três direitos reunidos de ir, de conduzir e de circular, são coisas como o é um terreno. Estas coisas, porém, alguns as possuem de modo pleno, outros a título de usufruto, outros a título temporário. [...] A natureza das coisas morais se reconhece por seus efeitos. Por isso os direitos que produzem os mesmos efeitos devem ser designados pelo mesmo nome. O ditador, durante a ocupação do cargo, exerce todos os atos do poder com a mesma autoridade que um rei absoluto e seus atos não podem ser anulados por ninguém. A duração de uma coisa não muda sua natureza. (GROTIUS, 2005a, p. 192-193).

Assim, são estabelecidas algumas exceções à impossibilidade de resistência que, ao contrário de afetarem a soberania, mantêm a sua característica uma e indivisível inerente.[18] Nesse sentido, esclarece que quando da instituição do poder civil é lícito ao povo – aquele que será governado e que, portanto, deve o direito ser medido segundo a vontade daquele que deu origem a esse direito – acordar determinados limites dentro dos quais o soberano os governará, pois:

> "[...] o poder soberano não cessa como tal, mesmo quando aquele que deve governar se empenha por alguma promessa com seus súditos ou com Deus, até mesmo sobre assuntos que dizem respeito ao governo. Não falo aqui de observação do direito natural, do direito divino ou mesmo do direito das gentes que obriga a todos os reis, mesmo quando não tivessem prometido nada a esse respeito, mas faço alusão a certas regras que não os obrigariam se eles não se tivessem empenhado por uma promessa." (GROTIUS, 2005a, p.204).

[18] Diverge, nesse ponto, do pensamento de Bodin, para quem não há possibilidade de resistência. Afirma, assim que "Não posso usar melhor exemplo que o do filho com relação ao pai: a lei de Deus diz que aquele que maldisser pai ou mãe será posto à morte. E se o pai for assassino, ladrão, traidor da pátria, incestuoso, parricida, blasfemo, ateísta, e o que mais se quiser, eu admito que todos os suplícios não bastarão para punilo; mas digo que não cabe ao filho imiscuir-se nisso: *quia nulla tanta impietas, nullum tantum scelus est, quod sit parricidio vindicandum.* [...] Ora, o Principe da pátria é sempre mais sagrado e deve ser mais inviolável que o pai, por ser ordenado e enviado por Deis. Digo, portanto, que o súdito nunca pode ser autorizado a tentar algo contra seu Príncipe soberano, por mais malvado e cruel tirano que ele seja. É lícito não lhe obedecer em coisa que seja contrária à lei de Deus ou da natureza, fugir, esconder-se, aparar os golpes ou sofrer a morte, mas nunca atentar contra sua vida ou sua honra. E quanto tiranos não haveria se fosse lícito mata-los!" (BODIN, 2011b, p.70).

Portanto, se quando do estabelecimento do poder soberano são acordados com o povo, mediante promessa, que em conformidade com o direito natural vincula aos que a ela se obrigam, determinadas limitações para o exercício da soberania, que não se confunde com a soberania em si, lícito seria ao povo resistir ao soberano.

A primeira das exceções, portanto, é quando desde o início do exercício da soberania são estabelecidas regras e leis que devem ser observadas pelo soberano, o que em não ocorrendo, torna-se culpado perante o Estado e, portanto, não apenas ao povo é lícito resistir como também, se necessário, punir o soberano com a morte. (GROTIUS, 2005a, p.260).

Uma segunda exceção à impossibilidade de resistência se dá quando o soberano deixa de sê-lo e retorna, por sua vez, à condição de privado; o que se dá quando este abdica do poder, trata-o com negligência ou o abandona de modo manifesto. (GROTIUS, 2005a, p.261).

A terceira possibilidade se verifica quando o rei pretende entregar o seu reino e/ou torna-lo dependente de outro, vez que "Uma coisa é, com efeito, como já dissemos, a soberania, outra coisa a maneira de possuí-la. O povo pode se opor ao que modifica essa maneira, mas o poder fazer tal mudança não está compreendido no direito da soberania. (GROTIUS, 2005a, p.261).

A quarta exceção é verificada quando o rei declara-se abertamente inimigo de seu povo, pois que a vontade de governar e a de destruir não podem conviver de forma harmônica.

Se, ainda, o soberano decai em felonia para sujeitar-se ao senhor feudatário, retorna também à condição de privado pelo que se lhe aplicaria a mesma previsão constante da primeira exceção. (GROTIUS, 2005a, p.262).

A sexta exceção se verifica quando da instituição de governos mistos e, assim, o rei tem apenas uma parte da soberania, pertencendo a parte outra ao povo ou senado, pelo que "pode-se resistir legitimamente ao rei se ele quiser usurpar a parte que não lhe pertence, porque seu poder não vai até aí.". Por fim, a última possibilidade de resistência se verifica quando da estipulação prévia de possibilidade de resistência diante de determinadas circunstâncias específicas. (GROTIUS, 2005a, p.263).

Diferencia, entretanto, o estado de guerra no qual há usurpação do poder e, assim, enquanto perdurar a causa ilegítima de sua posse, ao povo seria lícito resistir. Apõe, entretanto, que por vezes subjugados mais conveniente é ao povo que acate aos mandamentos do usurpador, sob pena de mergulhar o Estado numa confusão extrema pelo efeito do aniquilamento das leis e da supressão dos tribunais, ou seja, do fazer perecer o Estado sob a alegativa de protege-lo.

Porém, se tomado o poder por uma guerra injusta e não conforme às condições exigidas pelo direito das nações, se inexistente alguma intervenção, alguma fidelidade a ele empenhada e se apenas pelo efeito da força se mantiver a usurpação, vê-se a subsistência do estado de guerra, pelo que é lícito contra ele o que é lícito contra um inimigo, pois "é sobretudo quando a coisa é duvidosa que um privado não deve se atribuir o direito de decidir. Seu dever é de seguir o partido daquele que o possui. É assim que Cristo mandava pagar tributo a César [...] porque a moeda trazia sua efígie, isto é, porque estava de posse do poder." (GROTIUS, 2005a. p270.).

5 Conclusão

Como preocupação principal, objeto de sua obra, Hugo Grotius debruça-se de forma minuciosa por sobre as tratativas decorrentes das relações entre os homens e as nações. Teoriza, assim, alguns dos elementos conformadores do direito das gentes pelo que se torna consagrado como um dos primeiros e principais teorizados do direito internacional moderno.

Entretanto, ao lançar as bases para o trabalho ao qual se dispôs, cinzela, de forma reflexa, elementos indissociáveis ao conceito de soberania permeados por sua formação humanista, mas que, adere ao impositivo mandamental decorrente das ordens do soberano, imagem perfeita do trato do senhor para com os seus, bem como do respeito pelo filho devido aos pais. Parte, assim, da premissa da associação humana perfeita no Estado, do laço familiar.

Por ser um dos elementos que distingue o homem dos demais animas, além da sociabilidade inerente, o juízo que lhe permite conformar o que é sadio e, portanto, buscar esse cuidado pela vida social, que pertencem ao direito da natureza humana. Assim, como aos homens é inerente a sociabilidade e, nesta, a busca pelo cuidado com a vida social, aos homens enquanto associados com vistas à algum interesse/vantagem – fraqueza do homem isolado –, necessária é alguma forma de se lhes obrigarem mutuamente, pelo que em conformidade com a natureza humana, surge o direito civil como manifestação do poder da sociedade civil organizada que é o responsável pelo Estado, enquanto no seu governo.

A soberania é conceituada, então, enquanto poder supremo ao qual nenhum outro pode influir, ou do qual independe, para sua plena conformação, de quaisquer outras ações potestativas humanas, pelo que o soberano – que pode ser uma pessoa ou uma assembleia – e que reside no Estado, de quem emanam as leis, aplica a jurisdição por sobre o seu território específico não pode ser julgado por qualquer do povo e nem tampouco pelos comissários constituídos, visto que considerada pena capital atentar não apenas contra a vida deste, mas inclusive contra sua honra.

Os homens, nessa perspectiva, devem suportar os atos do soberano bem como os possíveis males que por ele podem ser inflingidos. A Deus, portanto, cabe o julgamento do soberano no plano atemporal, mas que, em contrariando o direito natural, permite ao povo que não lhe obedeça, pois atentatório à natureza das coisas.

Apresenta, assim, a soberania como esfera de poder incontrastável, mas admite, sempre considerando a sociedade civil enquanto instituída pela permanente busca pelo cuidado com a vida social, que quando da instituição do poder soberano, através da promessa, surja a obrigação do soberano para com o povo e, assim, em não observando a promessa que o vincula pela força do direito natural, lícito ao povo seria o direito de resistência.

Distingue ainda a soberania da forma de exercício do poder, pelo que em atentando o soberano para a destruição do Estado, pois que incompatíveis a destruição com o governar, lícito ao povo seria também lhe resistir pelo veio da força.

Vê-se, portanto, de forma plena quando da instituição e ordenação de uma sociedade internacional permeada pelo direito das gentes, sociedade essa fundada nos mesmos elementos naturais que imprimem ao homem a natureza pela inafastável

sociabilidade, elementos que conformam também, por sua vez, os caracterizados do Estado e, à frente desse, enquanto no exercício do poder civil, o ente soberano como ente majestoso, supremo do qual decorrem as ordenações, são instituídos os magistrados, cabe a jurisdição e o direito de declarar guerra pública e a paz, em estreita aproximação com o teorizador da soberania, Jean Bodin.

6 Referências bibliográficas

BODIN, Jean. **Os Seis Livros da República:** livro primeiro. São Paulo: Ícone, 2011, l.a.

_____ **Os Seis Livros da República**: livro segundo. São Paulo: Ícone, 2011, l.b.

_____ **Os Seis Livros da República**: livro terceiro. São Paulo: Ícone, 2011, l.c.

GROTIUS, Hugo. **O direito da guerra e da paz**: volume I. Ijuí: Unijuí, 2005, 1a.

_____ **O direito da guerra e da paz:** volume II. Ijuí: Unijuí, 2005, 1b.

HESPANHA, António Manuel. Hugo Grotius. In: DAL RI JR., Arno; VELOSO, Paulo Potiara de Alcântara; LIMA, Lucas Carlos (Orgs.). **A Formação da Ciência do Direito Internacional**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2014, p. 151-162.

MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges de. **Hugo Grócio e o Direito**: o jurista da guerra e da paz. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006

VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

IGUALDADE TRIBUTÁRIA E A DIFERENCIAÇÃO DE ALÍQUOTAS EM RAZÃO DO GRAU DE PARENTESCO NO ITCMD

Gustavo Costa Ferreira[*]

Palavras-chave: ITCMD; alíquotas diferenciadas; grau de parentesco; limitações ao poder de tributar; capacidade contributiva; igualdade tributária.

Resumo: O referido artigo é, antes de tudo, um trabalho sobre a igualdade, mais especificamente sobre igualdade tributária. Tem por fim precípuo facilitar a compreensão do tema, especialmente em relação à delimitação do espaço que goza o legislador para discriminar situações sem ofensa a tal postulado. Assim, buscar-se-á responder a indagações que inexoravelmente surgem ao jurista quando da aplicação da isonomia em casos concretos. Por exemplo, o que é igualdade? O que impõe a igualdade? Todos devem ser tratados igualmente? Aos desiguais é assegurado tratamento desigual? Que igualdade exige tratamento igualitário e que desigualdade impõe o tratamento desigualitário? Este trabalho propõe-se a desanuviar o nebuloso estudo da temática, tudo isso com suporte de abalizada doutrina, notadamente na Teoria da Igualdade Tributária de Humberto Ávila. Demonstrar-se-á que a exata compreensão da igualdade exige do estudioso um aprofundado estudo de sua estrutura. Nessa perspectiva, dissecar-se-á estruturalmente a igualdade a fim de evidenciar ao leitor ser ela uma relação comparativa, entre dois ou mais sujeitos, cotejados com base em uma medida de comparação, aferida por um elemento indicativo, que servirá a determinada finalidade. Ainda, para dar maior concreção à explanação, utilizar-se-á como objeto de exame a diferenciação de alíquota no Imposto de Transmissão *Causa Mortis* ou Doação promovida na Legislação Catarinense (Lei 13.136/04) em virtude do grau de parentesco entre o contribuinte e o autor da herança ou doação. Por fim, assentadas todas as premissas, chegar-se-á à inexorável conclusão de que (i) nem toda diferença demanda tratamento diferenciado, assim como nem toda igualdade exige tratamento igualitário, pois as pessoas podem ser iguais e diferentes entre si a depender da medida de comparação utilizada; (ii) que somente determinadas distinções realizadas na persecução de finalidades constitucionalmente autorizadas podem justificar tratamento desigualitário e que, portanto, em face de tudo isso, (iii) a diferenciação de alíquotas do ITCMD em razão do grau de parentesco albergada na legislação catarinense contempla uma desarmonia estrutural da igualdade redundando em discriminação arbitrária e, por conseguinte, eivada pelo vício da inconstitucionalidade, haja vista discriminar contribuinte que se encontram em situações equivalentes, isto é, que possuem a mesma capacidade contributiva.

[*] Advogado, graduado em Direito pela UFSC, pós-graduado em Direito Público pelo CESUSC e pós-graduado em Direito Tributário pela Uniderp/LFG. Currículo lattes disponível em: http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K4438390P5.

Key-words: ITCMD ; different rates ; degree of kinship; limitations on the power to tax ; ability to pay ; tax equality.

Abstract: The article is first of all a work on equality, more specifically about tax equality. Aims to facilitate the understanding of the subject, especially concerning the delimitation of space enjoyed by the legislature to discriminate situations with no offense to such a postulate. It will be sought to answer questions that inevitably arise in the application of equality in specific cases. For example, what is equality? What requires equality? Everyone should be treated equally? Is it assured unequal treatment for the unequals? That equality demands equal treatment and that inequality imposes a inegalitarian treatment? This paper proposes to clear the cloudy study of the subject, all with authoritative doctrine support, notably in the Theory of Tax Equality Humberto Avila. It will be shown that the exact understanding of equality requires the student an in-depth study of its structure. From this perspective, it will be structurally dissect equality in order to show the reader that she is a comparative relationship between two or more subjects, compared based on a measure of comparison, measured by an proxy, which serve a particular purpose. Still, to give greater concreteness to the explanation, it will be used as subject of examination the Causa Mortis and Donation taxes in the state of Santa Catarina (created by the Law 13,136/04) which differentiates the tax rate due the degree of relationship between the taxpayer and the author of the inheritance or the donation. Finally settled all of the premises, we will the inexorably conclude that (i) not every difference demand special treatment, just as not all equality requires equal treatment, because people can be the equal and different from each

other depending on the used criteria of comparison; (ii) that only certain distinctions made aiming constitutionally authorized purposes can justify inegalitarian treatment and, therefore, in the face of all this, (iii) the differentiation of Causa Mortis and Donation tax' rates due to the degree of relationship in Santa Catarina legislation include a structural disharmony equality redounding in arbitrary discrimination and, therefore, fraught by the unconstitutionality evil, because discriminate taxpayers who find themselves in similar situations, in other words, that have the same ability to pay.

1 Introdução

O presente artigo é, antes de tudo, um trabalho sobre a igualdade na tributação. Tem por fim precípuo facilitar a compreensão do tema, especialmente em relação à delimitação do espaço que goza o legislador para discriminar situações sem ofensa à igualdade. Assim, buscar-se-á responder a indagações que inexoravelmente surgem ao jurista quando da aplicação da igualdade em casos concretos. Por exemplo, o que é igualdade? O que impõe a igualdade? Todos devem ser tratados igualmente? Aos desiguais é assegurado tratamento desigual? Este trabalho se propõe a desanuviar o nebuloso estudo da temática, tudo isso com suporte de abalizada doutrina.

Concomitantemente, analisar-se-á a compatibilização constitucional das alíquotas do imposto de transmissão *causa mortis* e doação (ITCMD) catarinense, diferenciadas em função do grau de parentesco entre o contribuinte e o *de cujus* ou doador, sendo mais severa na medida em que se distanciam os laços de parentescos. Nesse espectro, investigar-se-á se a diferenciação promovida na legislação catarinense coaduna-se com a igualdade tributária.

Para atingir o objetivo proposto, o raciocínio será delineado em etapas, a começar por uma análise da regra matriz de incidência tributária do ITCMD e depois estudo da igualdade e sua estrutura. Suplantadas essas etapas, examinar-se-á a (in)consititucionalidade do tratamento dessemelhante dispensado pelo legislador catarinense face à igualdade tributária. É o que se passará a desenvolver adiante.

2 Regra matriz de incidência do ITCMD

2.1 Previsão normativa

O imposto de transmissão *causa mortis* e doação de quaisquer bens ou direitos (ITCMD), assim como acontece com os demais impostos estaduais, tem suas raízes em três esferas normativas distintas, a dizer: na esfera constitucional, nacional e estadual.

Na quadra constitucional do imposto, o Constituinte de 1988 incumbiu aos Estados e ao Distrito Federal a competência tributária para instituição do tributo em apreço, no art. 155, inciso I, da Constituição da República.

A previsão normativa de âmbito nacional, por sua vez, tem por escopo o estabelecimento de normas gerais em matéria de legislação tributária, que deve ser feito por meio de veículo normativo próprio, a saber: lei complementar, nos termos do art. 146, III, da CRFB. Em relação aos impostos discriminados na Constituição, cabe-lhe definir seus fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes, consoante reza o inciso III, "a", do já citado art. 146. Entretanto, apesar da clareza solar do mandamento constitucional, inexiste atualmente legislação complementar tratante do imposto de transmissão *causa mortis* ou doação de quaisquer bens ou direitos – ITCMD. Assim, à mingua de lei nacional específica, o âmbito nacional do mencionado tributo identifica-se, na medida do possível, com o que dispõe o Código Tributário Nacional (Lei 5.172/66) nos seus arts. 35 e seguintes.

Por fim, o âmbito estadual do imposto *sub oculis* reside nas legislações estaduais que, a partir da autorização constitucional, instituem o imposto em seus territórios. É só a partir dessa legislação que o imposto passa do plano da simples cogitação normativa para o plano da realidade, tendo viabilizada sua cobrança.

No caso específico do presente estudo, merece destaque a Lei 13.136/04 do Estado de Santa Catarina, de onde são extraídos os aspectos – material, espacial, territorial, pessoal e quantitativo – da regra matriz de incidência da exação tributária em debate.

Entretanto, a investigação ora proposta prescinde de uma análise exauriente da hipótese de incidência tributária do ITCMD. Aqui, importa apenas examinar perfunctoriamente alguns de seus aspectos, notadamente o seu (i) aspecto material, (ii) o pessoal e, sobretudo, (iii) o quantitativo, cerne da presente controvérsia. É o que se fará a seguir.

2.2 Aspecto material do ITCMD

O aspecto ou critério material do tributo é o núcleo da sua hipótese de incidência tributária, é dizer, trata-se de um evento abstratamente previsto pelo legislador como deflagrador da relação jurídico-tributária, consistente na obrigação do particular, sujeito passivo, verter em benefício do sujeito ativo, ente tributante, quantia a título de tributo, e no direito desse exigir daquele a prestação correspondente. É composto por um verbo e seu complemento, denotando um comportamento ou um estado, e.g.: auferir renda (verbo + complemento); ser proprietário de veículo automotor (verbo + complemento), etc. Nesse quadrante, Paulo de Barros Carvalho (2012, p. 255) consigna que referido critério "será formado, invariavelmente, por um verbo, seguido de seu complemento".

A identificação do critério material da norma-padrão do tributo demanda, porém, bastante cuidado. Isso porque, usualmente, ao analisá-lo acabam por confundi-lo com toda hipótese da norma tributária, expondo-o conjuntamente com o aspecto espacial e temporal, que, a bem da verdade, completam-na. Com efeito, alerta Paulo de Barros Carvalho (2012, p. 255) que, para esse mister, deve-se "enxergar o critério material liberado das coordenadas de espaço e de tempo, como se fora possível um comportamento de uma pessoa desvinculado daqueles condicionantes."

Pois bem. O aspecto material do ITCMD é genericamente tratado pelo art. 155, inciso I, da Constituição da República, cuja redação delega aos Estados e ao Distrito Federal a competência para instituição do imposto sobre a transmissão *causa mortis* e doação de quaisquer bens ou direitos. Note-se que o critério material do imposto *sub oculis* não foge à regra, é composto por um verbo, *transmitir*, seguido de um complemento: *quaisquer bens ou direitos pela via da sucessão hereditária ou da doação*.

À lei complementar incumbia o mister de definir com maior precisão a hipótese tributária, quer dizer, o fato gerador abstratamente considerado, da mencionada exação tributária. Entretanto, inexiste norma nacional nesse sentido, como já se consignou.

Em sendo assim, tal responsabilidade fica, atualmente, a cargo das legislações estaduais, consoante autorizam o art. 34, §§ 3º e 4º dos Atos e Disposições Constitucionais Transitórios e o art. 24, §3º, da Constituição da República. José Eduardo Soares de Melo e Leandro Paulsen (2012, p. 202), concordes com a assertiva, assentam que:

> Considerando os princípios federativo e republicano, fora entendido que não existindo lei complementar dispondo sobre normas gerais para os impostos sobre transmissão causa mortis e doação de bens móveis, os Estados-Membros e o Distrito Federal podem legislar, por serem detentores da competência impositiva e ainda face à autorização contida no art. 34, §§ 3º e 4º, do ADCT, e no art. 24 e parágrafos da CF.

No Estado de Santa Catarina, a Lei 13.136/04, obsequiosa à hierarquia normativa do ordenamento jurídico pátrio, determina em seu art. 2º que o ITCMD catarinense tem por aspecto material a transmissão causa mortis ou a doação a qualquer título de (i) propriedade ou domínio útil de bem imóvel; (ii) de direitos reais sobre bens móveis e imóveis e; (iii) de bens móveis, inclusive semoventes, direitos, títulos e créditos. Resumidamente, o imposto sob vara será devido quando a transmissão de bens ou direitos ocorrer em virtude de sucessão hereditária ou de ato não oneroso entre vivos. Nesse sentido, explica o §1º do citado dispositivo que se considera doação qualquer ato ou fato, não oneroso, que importe ou se resolva em transmissão de quaisquer bens ou direitos.[1]

Vale mencionar que ocorrerão tantos fatos geradores quantos forem os herdeiros, legatários ou donatários, nos termos do art. 35, parágrafo único, do Código Tributário Nacional e do art. 2º, §2º, da Lei 13.136/04 de Santa Catarina. Tal assertiva fica mais claramente ilustrada na transmissão *causa mortis* onde o imposto será cobrado na proporção da quota-parte herdada por cada herdeiro ou legatário, e não, como se poderia pensar, na proporção da totalidade dos bens do *de cujus*. Trata-se de medida que promove a justiça fiscal na tributação em debate, uma vez que tem em mira, acertadamente, a capacidade contributiva do contribuinte e não a do autor da herança. Aliás, não poderia ser diferente, haja vista o mandamento do art. 145, §1º, da Constituição da República.

[1] Por oportuno, traz-se à baila lição de Sabbag (2011, p. 1036): "O imposto de transmissão *causa mortis* (herença e legados, em virtude de falecimento de uma pessoa natural) e o imposto de transmissão *inter vivos* (referente a atos, fatos ou negócios jurídicos celebrados entre pessoas), até a Constituição de 1988, estavam na competência dos Estado (art. 23, I, da CF/69 e art. 35 do CTN). Desde a promulgação da Constituição vigente, em outubro de 1988, houve uma bipartição da competência: a transmissão, quando decorrente de evento *causa mortis* ou *não oneroso* entre pessoas, de bens móveis ou imóveis, ficou na competência *estadual*; a transmissão *inter vivos* e de carácter *onerosos* de bens imóveis, por sua vez, passou a ser exclusividade da competência dos *Municípios*."

2.3 Aspecto pessoal

O aspecto pessoal da regra matriz de incidência traduz-se nos sujeitos da relação jurídico-tributária. Com efeito, nos polos da obrigação tributária identifica-se, de um lado, o credor do crédito tributário – sujeito ativo da relação jurídico-tributária – e, de outro lado, o devedor da exação – sujeito passivo da relação jurídico-tributária (art. 121, CTN), que pode ser o contribuinte ou responsável tributário.

Nesse sentido, assevera Paulo de Barros Carvalho (2012, p. 276) que "o critério pessoal é o conjunto de elementos, colhidos no prescritor[2] da norma, e que nos aponta quem são os sujeitos da relação jurídica — sujeito ativo, credor ou pretensor, de um lado, e sujeito passivo ou devedor, do outro."

No tributo de que se cuida, os Estados-membros e o Distrito Federal, representados por suas Fazendas Estaduais, são os sujeitos ativos da relação exacional, *ex vi* do art. 155, I, da Constituição da República.

Diferentemente, o Constituinte não cuidou de apontar o sujeito passivo do imposto de transmissão *causa mortis* ou doação de quaisquer bens ou direitos, deixando tal tarefa à sombra de futura legislação complementar (art. 146, III, a, CRFB) que, repisa-se uma vez mais, ainda não fora editada. Diante dessa omissão, coube às legislações estaduais e distrital fazê-lo.

Malgrado isso, é evidente que, em se tratando de transmissão *causa mortis*, o contribuinte será o herdeiro ou legatário, como não poderia ser diferente. Afinal, quem, além do herdeiro ou legatário, poderia ser promovido à qualidade contribuinte? Dito de outro modo, quem, além do herdeiro ou legatário, teria relação pessoal e direta com a situação que constitui a hipótese de incidência do imposto (art. 121, I, CTN)? O *de cujus*? Evidentemente que não.

Maior liberdade, por outra banda, goza o legislador na definição do contribuinte do imposto na transmissão não onerosa de bens ou direitos, podendo decidir-se entre o

[2] Prescritor ou consequente da norma jurídico-tributária é a parte "do juízo hipotético que estipula a regulação da conduta, prescrevendo direitos e obrigações para as pessoas físicas ou jurídicas envolvidas, de alguma forma, no acontecimento do fato jurídico tributária." (CARVALHO, 2012, p. 276). É composta pelos critérios pessoal e quantitativo. A outra parte da norma tributária, chamada de hipótese, descritora, suposto, ou antecedente "anuncia os critérios conceptuais para reconhecimento de um fato" como jurídico (CARVALHO, 2012, p. 276) e é composta pelos aspectos material, espacial e temporal.

donatário ou cessionário e doador ou cedente do bem ou direito, respectivamente; uma vez que ambos possuem relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador, nos termos do art. 121, I, do Código Tributário Nacional. Da mesma opinião comunga Hugo de Brito Machado (2013, p. 369), *in verbis*:

> Na ausência de dispositivo constitucional a respeito, o legislador da entidade tributante tem relativa liberdade para definir o contribuinte desse imposto. Tratando-se de herança, logicamente deve ser contribuinte o herdeiro, ou legatário. Tratando-se de doação, o contribuinte pode ser, em princípio, tanto o doador como o donatário. (2013, p. 369)

Nesse cenário, o legislador catarinense, no art. 5º, da Lei 13.136/04, assenta ser contribuinte do imposto (i) o herdeiro, o legatário, o fiduciário ou o fideicomissário, no caso de transmissão causa mortis; (ii) o donatário ou cessionário, no caso de doação ou de cessão; (iii) o beneficiário de direito real, quando de sua instituição; e, por derradeiro, o nu-proprietário, na extinção do direito real.

Ainda, a legislação catarinense prevê determinados responsáveis tributários que responderão solidariamente pelos tributos e demais acréscimos, nos termos do seu art. 6º. O seu inciso I alberga a responsabilidade do doador ou cedente, residentes do Estado de Santa Catarina, quando o donatário ou cessionário não for domiciliado nesse Estado. Os incisos II e III, por seu turno, abrigam hipóteses de responsabilidade tributária de servidores públicos vinculadas ao descumprimento de um dever de zelo ou fiscalização do pagamento do tributo pelo contribuinte.

Nessa quadra, responderão solidariamente com os contribuintes as pessoas que, a despeito do dever de fiscalizar o pagamento do imposto no exercício de suas funções, não o fizeram, tais como o titular do ofício de Registro de Imóveis e o servidor do DETRAN que deixaram de exigir o comprovante de quitação da exação quando do registro de ato formais da transferência de bens imóveis ou automóveis, respectivamente, em razão sucessão hereditária ou doação.

Essa é a feição que tem o aspecto pessoal da norma-padrão do ITCMD no Estado de Santa Catarina.

2.4 Aspecto quantitativo

Compõem o aspecto quantitativo da norma de incidência dois elementos que darão o contorno pecuniário à prestação tributária, a saber: base de cálculo e alíquota. É a partir da conjugação deles que se chegará ao *quantum* devido a título de tributo pelo sujeito passivo em favor do sujeito ativo. Alberga, pois, os instrumentos de quantificação do tributo devido.

Isso dito, passa-se à análise de cada um desses elementos separadamente.

2.4.1 Base de cálculo

A base de cálculo do tributo, com perdão do truísmo, é a base na qual se calculará o valor pecuniário do tributo devido. Referido cálculo se dará, via de regra, pela aplicação matemática da alíquota sobre a base de cálculo.

Gize-se, porém, que a função da base de cálculo não se esgota aí. Sua função transcende a de apenas quantificar o tributo. Nessa toada, põe-se, igualmente, como instrumento legitimador do tributo instituído. De acordo com Paulo de Barros Carvalho (2012, p. 314), nessa perspectiva, a base de cálculo exerce função comparativa, porquanto, "posta em comparação com o critério material da hipótese, é capaz de confimá-lo, infirmá-lo ou afirmar aquilo que consta no texto da lei, de modo obscuro."

Dito de outra forma, é a partir do exame da base de cálculo que se poderá afirmar a correspondência do imposto instituído com seu aspecto material previsto na Constituição e, portanto, aferir sua constitucionalidade ou não. Assim, se o imposto se propõe a incidir sobre a renda, não poderia o legislador eleger-lhe outra base de cálculo senão a renda do contribuinte. Da mesma forma, não poderia o imposto sobre propriedade territorial e predial urbana incidir sobre a renda do contribuinte, o que seria simplesmente teratológico. A base de cálculo deve, pois, refletir o aspecto material do imposto, sob pena de restar inquinado do vício de inconstitucionalidade.

Nesse sentido, Hugo de Brito Machado (2013, p. 139) consigna que "[...] é o exame da base de cálculo do imposto que nos permite verificar se o legislador exercitou corretamente a competência que lhe atribui a Constituição ao definir o âmbito de incidência do imposto."

No que tange ao ITCMD não há mistérios, a sua base de cálculo é o valor venal dos bens ou direitos transmitidos, nos termos do art. 38, do Código Tributário Nacional e do art. 7º, da Lei 13.136/04 do Estado de Santa Catarina.

A legislação catarinense reduziu a base de cálculo em 50% quando o imposto for relativo a instituição ou extinção de direito real sobre bens, ou, transmissão da nua propriedade, forte no seu art. 7º, §2º. Destaque-se que o §1º do mencionado dispositivo esclarece que o valor venal do imóvel será aquele da data em que forem apresentadas ao Fisco as informações relativas ao lançamento do imposto. Apesar disso, a melhor interpretação do dispositivo deve ser aquela que impõe que o valor da base de cálculo do imposto deve aquele aferido na data de transmissão do bem ou direito – quando acontece o evento jurídico-tributário, devidamente atualizado até o pagamento da exação.

Na mesma direção aponta os ensinamentos de José Eduardo Soares de Melo e Leandro Paulsem (2012, p. 209), *in verbis*:

> O valor da base de cálculo é considerado na data da abertura da sucessão, do contrato de doação ou da avaliação, devendo ser atualizado monetariamente segundo a variação dos índices oficiais, até a data do pagamento do imposto.

Em vista disso, o preceptivo catarinense é de questionável constitucionalidade.

2.4.2 Alíquota

A alíquota é o segundo elemento do critério quantitativo da regra matriz de incidência tributária. Junto com a base de cálculo é responsável pela quantificação da prestação tributária a que o sujeito passivo é obrigado.

As alíquotas do ITCMD no Estado de Santa Catarina, a exemplo do que ocorre em outros Estados da federação, são progressivas em razão do valor do bem ou direito herdado ou doado. Na senda do que determinou o Constituinte (art. 155, §1º, IV, CRFB), o Senado Federal editou a Resolução n. 9 de 5 de maio de 1992, que limitou a alíquota do citado imposto à oito por cento (8%), bem como admitiu a progressividade das suas alíquotas em função do quinhão que cada herdeiro efetivamente receber.

A constitucionalidade da referida progressividade foi objeto de debate intenso na doutrina e na jurisprudência que só, recentemente, foi sedimentado pelo julgamento do Recurso Extraordinário nº 562045/RS. Na ocasião, o Supremo Tribunal Federal, por maioria dos seus ministros, entendeu que aludida progressividade não é incompatível com a Constituição da República, tampouco atenta contra o princípio da capacidade contributiva.

Pois bem. A lei 13.136/04 do Estado de Santa Catarina, em seu art. 9º, prevê a progressividade graduada[3] do imposto nos seguintes termos:

Alíquota	Parcela da base de cálculo
1%	≤ R$20.000,00
3%	> R$20.000,00 e ≤ R$50.000,00
5%	> R$50.000,00 e ≤ R$150.000,00
7%	> R$150.000,00

Ocorre que o legislador catarinense não parou por aí, e inovou ao prever alíquota fixa de 8% quando o contribuinte do imposto, em relação ao *de cujus,* doador ou cessionário, for parente colateral ou não tiver com ele relação de parentesco. Assim disciplinou a norma, veja-se:

> Art. 9º As alíquotas para cobrança do imposto são: [...]
> V - oito por cento sobre a base de cálculo, quando:
> a) o sucessor for:
> 1) parente colateral; ou
> 2) herdeiro testamentário ou legatário, que não tiver relação de parentesco com o de cujus.
> b) o donatário ou o cessionário:
> 1. for parente colateral; ou
> 2. não tiver relação de parentesco com o doador ou o cedente.

Em outros termos, a legislação em comento diferenciou as alíquotas do ITCMD em razão do grau de parentesco do contribuinte com o *de cujus*, doador ou cessionário, de molde que a alíquota será tanto mais gravosa quanto maior for o distanciamento desse parentesco. É aqui que reside a controvérsia objeto do presente estudo, que visa submeter a norma catarinense ao teste de constitucionalidade.

[3] Segundo lição de Rubens Gomes de Souza *apud* Hugo de Brito Machado (2013, P. 306): graduada é aquela em que cada alíquota maior aplica-se apenas sobre a parcela de valor compreendida entre um limite inferior e outro superior, de modo que é preciso aplicar tantas alíquotas quantas sejam as parcelas de valor e depois somar todos esses resultados parciais para obter o imposto total a pagar.

À vista disso, o desate da celeuma depende, peremptoriamente, de respostas às seguintes indagações: a inovação promovida pelo legislador catarinense é compatível com a ordem constitucional brasileira? Mais especificamente, a diferenciação levada a cabo coaduna-se com o princípio da igualdade tributária? O discrímen adotado leva em consideração a capacidade contributiva do contribuinte?

É o que se propõe a fazer doravante.

3 Igualdade tributária

3.1 Considerações iniciais

A igualdade é pressuposto inarredável do Estado Democrático de Direto. No Estado Democrático brasileiro não é diferente.

Com efeito, a Constituição de 1988 está repleta de dispositivos que, de uma forma ou de outra, exaltam a igualdade. Veja, por exemplo, que, nos termos do art. 3º, IV, da CRFB, constitui objetivo fundamental da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer formas de discriminação.

No ordenamento jurídico pátrio, a cláusula genérica de igualdade encontra residência no artigo 5º, da Constituição da República, que trata dos direitos e garantias individuais. Citado dispositivo assenta, tautologicamente, que *todos são iguais perante a lei*, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, *à igualdade*, à segurança e à propriedade. A igualdade tributária, por seu turno, está prevista no art. 150, II, da *Lex Fundamentalis*, cuja redação *veda o tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente*, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos. Tanto uma, quanto a outra, são garantias do cidadão-contribuinte contra os arbítrios do Estado, afigurando-se como limitação ao Poder de Tributar.

3.2 Conceito

Nesse cenário, questão interessante que se coloca é a de saber *o que é*, bem como *o que impõe* a igualdade. Historicamente, analisa-se a igualdade sob dois vieses, a saber, igualdade formal e igualdade material.

A primeira delas, também denominada de igualdade diante da lei, pressupõe a aplicação uniforme da legislação a todos os cidadãos. Volta-se, pois, ao aplicador da lei. Aqui, a lei deve recair sobre todos indistintamente, não podendo ser aplicada de uma forma para uns e de outra forma para outros. É o que o Constituinte assegurou no *caput* do já citado art. 5º, da Constituição, ao assentar que todos são iguais perante a lei.

A segunda delas, ou igualdade na lei, avança em direção ao legislador, proscrevendo-lhe a edição de leis contendo discriminações infundadas. Traduz-se na antiga, mas ainda atual, lição de Aristóteles, repetida por Rui Barbosa em sua oração aos moços, de que "a regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualam [...]tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real."

A igualdade tributária albergada no art. 150, II, da CRFB é, essencialmente, uma igualdade material. De acordo com Ricardo Lobo Torres (2009) referida igualdade pode se expressar de duas formas principais: (i) proibição de privilégios odiosos ou (ii) proibição de discriminação odiosa. Note-se que a noção de igualdade tributária não repele discriminações, mas tão somente aquelas consideradas odiosas, infundadas, arbitrárias. Ao revés do que se tem dito, a verdadeira regra da igualdade demanda discriminações, desde que justificáveis e na medida das desigualdades dos cidadãos.

Claro é, pois, que a igualdade real só pode ser alcançada a partir da convivência simbiótica entre a igualdade na lei e a igualdade perante a lei. Nessa senda, Humberto Ávila (2009, p. 74) alerta que "não basta, portanto, que a lei seja aplicada de modo uniforme para satisfazer à exigência de igualdade. É preciso, além disso, que ela própria não contenha uma distinção arbitrária." O contrário tampouco será verdadeiro, haja vista não ser suficiente que uma lei tenha um conteúdo igualitário, mas, apesar disso, não seja aplicada uniformemente.

Resta nítido, então, que igualdade *impõe*, pelo menos, duas coisas: (i) aplicação uniforme da lei e (ii) tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais. A primeira assertiva é de fácil apreensão pelo estudioso e dispensa maiores digressões. A questão tormentosa se instaura quando se procura compreender com exatidão a segunda afirmação. Afinal, o que é igualdade? O que é desigualdade? Em outras palavras, que igualdade impõe o tratamento igualitário? Que desigualdade impõe o tratamento desigualitário? E mais, quem são os iguais que merecem tratamento semelhante? E quem são os desiguais que merecem tratamento dessemelhante? Toda igualdade impõe tratamento igualitário? Toda desigualdade autoriza o tratamento discriminatório? Em caso negativo, quais desigualdades autorizariam tratamento quejando?

Evidentemente, saber-se o que *impõe* a igualdade não exaure os problemas que lhes são subjacentes. É preciso, ainda, compreender *o que é* igualdade, qual é, portanto, sua definição, porque imprescindível à tarefa de dispensar tratamento justo aos cidadãos.

Para tal mister, socorre-se às lições de Humberto Ávila (2009), aquele que, como ninguém, dissecou, estudou e expôs, não só o conceito de igualdade, mas também a sua estrutura, oportunizando a sua exata intelecção por aqueles que se propõe a estudá-la. Assim, Ávila (2009, p. 42) define a igualdade como:

> a relação entre dois ou mais sujeitos, com base em medida(s) ou critério(s) de comparação, aferido(s) por meio de elemento(s) indicativo(s), que seve(m) de instrumento para a realização de uma determinada finalidade.

Dito de outra forma, a igualdade é sempre uma relação de comparação entre dois ou mais indivíduos, a partir de um ou mais parâmetros de comparação, que podem ou não ser aferidos por um elemento indicativo, com vistas a um objetivo.

Por exemplo, dois homens, um de 35 anos e outro de 65 anos, podem ser iguais ou diferentes. Bem, eles serão iguais, se se considerar como parâmetro de comparação o fato de serem ambos homens, ou serão diferentes, acaso sejam consideradas, por exemplo, as suas idades. Indo mais a fundo, o fato de serem ambos os homens diferentes, quando cotejados em relação a suas idades, impõe o dever de dispensá-los tratamentos diferentes? Não necessariamente.

Veja que no conceito de igualdade esposado por Humberto Ávila (2009) a igualdade é sempre relação entre dois ou mais sujeitos, com base em determinada medida

de comparação, e realizada com mira a uma dada finalidade. Com efeito, retornando-se ao exemplo dado, se a finalidade da comparação era o tratamento preferencial dispensado às pessoas idosas, a diferença encontrada nos homens, comparados relativamente as suas idades, determinará o tratamento diferente entre eles. Assim, o ancião fará jus a tratamento preferencial e o mais moço não.

Por outra banda, se a finalidade de comparação era a obrigatoriedade do exercício do direito de voto, apesar de diferentes em relação à medida de comparação eleita (idade), os homens deverão ser tratados igualmente, pois é obrigatório o exercício do direito de voto aos cidadãos alfabetizados maiores de 18 anos e menores de 70 anos, nos termos do art. 14, §1º, da Constituição da República.

Nesse sentido, explica Humberto Ávila (2009, p. 40), que

> a igualdade é uma relação entre dois ou mais sujeitos em razão de um critério que serve a uma finalidade. Quando se comparam sujeitos, esses sujeitos são necessariamente comparados em razão de uma medida: os sujeitos podem ser iguais em relação à idade que têm, ao salário que ganham, ao patrimônio que possuem, ou em razão da receita bruta auferida no ano, [...] Os sujeitos, porém, são sempre comparados por algum motivo. Não se compara por comparar; compara-se por algum motivo.

Portanto, nem sempre os desiguais deverão ser tratados desigualmente, da mesma forma que nem sempre os iguais deverão ser submetidos a tratamento semelhante, isso dependerá da finalidade subjacente à comparação promovida, bem como da medida de comparação utilizada para fazê-la.

Essa breve exposição evidencia que a igualdade só será bem compreendida, se o for também sua estrutura. Por isso, seu estudo é de supina importância, sobretudo para efeito da análise da (in)constitucionalidade das alíquotas diferenciadas previstas no ITCMD catarinense. É o que se propõe a fazer adiante.

3.3 Estrutura da igualdade

Do conceito ora adotado de igualdade, extrai-se os quatro elementos de sua estrutura, a dizer: (i) sujeitos; (ii) medida de comparação, (iii) elemento indicativo da medida de comparação e (iv) finalidade da diferenciação. Conforme preleciona Humberto

Ávila (2009, p. 42), "a igualdade é a relação entre esses elementos". Passa-se, então, a analisá-los um por um.

3.3.1 Sujeitos

Nesse ponto não há qualquer mistério. Os sujeitos da estrutura da igualdade são os indivíduos objeto da comparação. São aqueles submetidos à comparação em razão de determinada finalidade, levando-se em conta dada medida de comparação, que pode ou não ser demonstrada por um elemento indicativo.

Por óbvio, exige-se a presença de no mínimo dois sujeitos, porquanto ninguém pode ser cotejado consigo mesmo.

3.3.2 Medida de comparação

A medida de comparação nada mais é do que o parâmetro pelo qual os sujeitos são comparados. É aquilo que Celso Antonio Bandeira de Mello (2010) nominou de fator de descrímen. Assim, e.g. a renda, a idade, a escolaridade, o sexo, a religião e, especificamente no Direito Tributário, a capacidade contributiva do cidadão, poderão ser eleitas como medida ou critério de comparação.

Humberto Ávila (2009, p. 45) ressalta, entretanto, que há uma necessidade de vinculação da medida de comparação com a realidade e explica que "sem uma diferença real, concretamente existente, a diferenciação normativa é arbitrária."

Mas não é só, esse critério de comparação deve, impreterivelmente, guardar relação de pertinência com a finalidade que lhe subjaz. Isso significa que ele deve, de fato, prestar-se a promover o objetivo normativo. Cite-se um exemplo para ilustrar melhor o argumento, o legislador edita determinada norma cuja finalidade é estimular o ingresso de mulheres na política, para tanto, reserva certa porcentagem dos cargos políticos aos cidadãos cujos pés forem iguais ou inferiores ao tamanho do número 38. Ora, a medida de comparação, nesse caso, é escancaradamente impertinente, uma vez que não guarda qualquer correlação lógica com a finalidade eleita pela norma. É nítido que o fator de

descrímen nada tem a ver com o tratamento diferenciado pretendido pelo legislador, pois, ter o pé maior ou menor, não tem relação de pertinência alguma com o ideal de estimular o ingresso das mulheres na política.

Com efeito, explica Bandeira de Mello (2010, p. 38) que se tem "que investigar, de um lado, aquilo que é erigido em critério discriminatório e, de outro lado, se há justificativa racional para, à vista do traço desigualador adotado, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade afirmada."

Na mesma trilha, caminham os escólios de Humberto Ávila, *in verbis*:

> Uma medida é pertinente quando ela se vale de elementos que, presentes, provocam efeitos que contribuem para a promoção da finalidade; uma medida é impertinente quando sua existência nada diz quanto à promoção da finalidade normativa. Afirmar que uma medida de comparação é pertinente é o mesmo que dizer que ela ajuda e colabora com algo, ou conduz a algo, ou serve à realização de algo. (2009, p. 47)

Destarte, à míngua de correlação lógica entre a medida de comparação e o escopo normativo, a descriminação perpetrada na norma estará eivada de inconstitucionalidade, pois, não custa repetir, o princípio da igualdade não convive com discriminações arbitrária. Em sendo assim, para efeito de submissão da norma desigualadora ao exame de constitucionalidade é imprescindível a descoberta da sua finalidade, para, somente então, aferir-se a existência ou inexistência da relação de pertinência entre tais elementos. Essa assertiva deve ser muito bem compreendida.

3.3.3 Elemento indicativo da medida de comparação

A medida de comparação, em dadas situações, pode ser denotada por vários elementos indicativos. Tome-se como exemplo a medida de comparação por excelência na seara tributária: capacidade contributiva (art. 145, §1º, CRFB). Existem diversas formas de se atestar a capacidade contributiva do cidadão, pode-se fazê-lo com base nos rendimentos do contribuinte, no seu patrimônio, no montante dos seus gastos, em quantas vezes ele viaja ao exterior, e mais um sem número de formas. Todas elas são elementos que indicam, de certa forma, a capacidade contributiva do indivíduo – medida de comparação eleita.

O que importa saber é como identificar qual elemento indicativo, dentre todos os existentes, é o mais adequado ao critério de comparação adotado. Para tanto, deve-se perquirir qual o elemento de aferição guarda uma relação *fundada* e *conjugada* com a medida de comparação. Explica-se. Fundada porque sua relação com a medida de comparação deve ser empiricamente aferível. Isto é, deve ser verificável na prática que o elemento de aferição implica, verdadeiramente, a existência da medida de comparação. À guisa de exemplo, veja-se que é empiricamente constatável que quem viaja muito ao exterior revela considerável capacidade contributiva. Nessas hipóteses, os elementos de aferição e a medida de comparação terão entre si uma relação *fundada*.

Mas não é só, a relação entre eles deve, ainda, ser *conjugada*. Isso significa que o elemento eleito deve ser aquele que melhor afere a existência da medida de comparação adotada. Note-se que não basta simplesmente aferi-la, a *conjugação* do elemento com a medida de comparação exige que aquele seja o elemento que melhor evidencie a existência dessa. Assim, no exemplo vertente, apesar do elemento indicativo adotado (número de viagens do contribuinte) guardar uma relação fundada com a medida de comparação (capacidade contributiva), ele não é o que melhor e mais indica a presença dessa, não nutrindo, portanto, uma relação conjugada com a mesma, razão pela qual não deve ser contemplado pelo legislador, sob pena de não atingimento da igualdade.

Dito de outra forma, a medida de comparação

> precisa manter uma relação fundada e conjugada de pertinência com o seu elemento indicativo, o que ocorre quando se possa plausivelmente afirmar, com suporte empírico considerável, que a existência do elemento indicativo escolhido promove a existência da medida de comparação em maior medida que os outros elementos indicativos disponíveis. (ÁVILA, 2010, p. 60)

A verificação dessa relação fundada e conjugada entre o elemento indicativo e a medida de comparação é procedimento inexorável no teste de constitucionalidade de uma norma discriminadora. No caso *sub oculis*, referida investigação mostra-se de especial relevo, consoante se demonstrará mais adiante.

3.3.4 Finalidade da diferenciação

Conforme sustenta Humberto Ávila (2009), a igualdade é uma medida de comparação. E toda comparação tem uma finalidade. Não se compara pelo simples amor de comparar. Compara-se sempre com vistas a um objetivo, por exemplo, compara-se para saber quem é o melhor, quem é o pior, quem é mais forte, quem é mais fraco, quem deve contribuir mais, quem merece tratamento especial, etc.

Dito de outro modo, conforme interpretação da Suprema Corte Americana à 14ª emenda da Constituição Norte-Americana, que consagra a *equal protetion clause*, a igualdade é o direito de não ser tratado diferentemente sem uma boa razão[4]. Nessa perspectiva, a finalidade afigura-se como a *boa razão* do tratamento diferenciado. Seja como for, a finalidade da diferenciação é elemento indispensável à estrutura da igualdade.

Referido elemento sobreleva-se de notável importância, uma vez que norteará a escolha da medida de comparação, revelando a adequação ou não de sua adoção. Assim, tal como ocorre entre a medida de comparação e seu elemento indicativo, deve haver entre aquela e a finalidade que lhe justifica uma relação *fundada* e *conjugada*. Nesse sentido, leciona Humberto Ávila que

> Há uma relação fundada entre a medida de comparação e a finalidade, quando há uma correspondência que estatisticamente se sustenta entre a existência das propriedades conotadas pela medida de comparação e os bens jurídicos cuja disponibilidade compõe o estado ideal de coisas, representado pela finalidade. [....] Há uma relação conjugada entre a medida de comparação e a finalidade que orienta sua escolha quando a medida de comparação foi escolhida sem desprezar as outras medidas de comparação existentes e igualmente relevantes. As medidas de comparação devem ser conjugadas no sentido de que o Poder Legislativo não pode escolher um critério, ainda que ele mantenha uma relação fundada com a finalidade, se houver outras medidas de comparação que contraiam uma relação ainda mais próxima com a finalidade a ser buscada. (2010, p. 54-55).

Portanto, não é qualquer medida de comparação que será apta a servir de parâmetro para um tratamento diferenciado, mas tão somente aquela que guardar relação fundada e conjugada com a finalidade do mesmo.

Ocorre que para se promover essa investigação, deverá o aplicador ou intérprete da lei tem em mente qual a finalidade que lhe é subjacente. Porém, tal tarefa não é tão simples como possa parecer. Em vista disso, é preciso indagar-se como encontrar a finalidade da

[4] *Equal protetion is a right not to be treated differently without a good reason.*

norma que dispensa tratamento diferenciado ao cidadão. Ora, não há uma receita pronta, mas existem alguns procedimentos que podem facilitar esse mister.

Assim, deve-se examinar a legislação em busca de uma finalidade expressamente anunciada. Inexistindo situação quejanda, o hermeneuta deve socorrer-se à interpretação sistemática da lei e do ordenamento no qual ela se insere. É importante ter em mente que a finalidade da diferenciação deve ser "uma finalidade cuja persecução seja constitucionalmente prescrita" (ÁVILA, 2010, p. 68).

No âmbito do Direito Tributário, as normas exacionais perseguem duas finalidades. Ou almejam preponderantemente a arrecadação de receita a partir do patrimônio privado para financiamento das atividades estatais, quando terão finalidade fiscal. Ou perseguem essencialmente fins outros que não a arrecadação para os cofres públicos, tais como intervenção no domínio econômico, proteção dos produtos nacionais em detrimento dos estrangeiros, a boa utilização dos bens imóveis, etc., quando terão finalidade extrafiscal. Nesse sentido, incumbirá ao exegeta identificar quais dessas finalidades constitui-se o objetivo da norma de tributação.

Postuladas essas premissas, tem-se material suficiente à análise da norma do ITCMD catarinense à luz da Constituição de 1988, sobretudo em relação à igualdade tributária. É o que se passará a examinar.

4 Igualdade tributária e diferenciação da alíquota em razão do grau de parentesco

Para efeito de confrontar a norma de incidência tributária do ITCMD catarinense com a igualdade tributária, imperativo rememorar dois pontos de partidas.

O primeiro deles é que as alíquotas do referido tributo variam de acordo com o distanciamento do grau de parentesco do contribuinte com o autor da herança ou doador. Nesse quadrante, as alíquotas do imposto de transmissão *causa mortis* ou doação do Estado de Santa Catarina podem ser progressivas ou não. Serão progressivas as alíquotas, variando de 1% a 7%, quando o contribuinte do imposto for parente em linha reta do autor da herança, no caso da transmissão *causa mortis*, ou do doador, na hipótese de doação. Serão,

contudo, fixas no patamar de 8% quando o contribuinte for parente colateral ou não tiver relação de parentesco com o autor da herança ou doador.

O segundo deles é que a igualdade é a relação entre os elementos que compõem sua estrutura, quais sejam, (i) sujeitos, (ii) medida de comparação, (iii) elemento indicativo e (iv) finalidade da diferenciação.

Assentadas essas premissas, impõe-se a seguinte pergunta: a diferenciação promovida pelo legislador catarinense é justificável à luz da igualdade tributária? A resposta à indagação exige uma análise estrutural da igualdade no caso concreto, consoante se fará doravante.

Pois bem. Atinentemente ao primeiro elemento estrutural da igualdade, os *sujeitos* objeto de comparação, não há qualquer mistério. De um lado, tem-se o parente em linha reta do autor da herança ou do doador. De outro, tem-se o contribuinte que não é parente em linha reta do *de cujus* nem do doador. Esses são os indivíduos que serão submetidos à comparação com base em determinada medida de comparação, denotada por um elemento indicativo, com vistas ao atingimento de dada finalidade.

Como já consignado, as normas tributárias poderão ter finalidades fiscais ou extrafiscais, acaso objetivarem predominantemente a arrecadação para os cofres públicos, no primeiro caso, ou um fim constitucionalmente perseguido diferente da arrecadação de receita, na segunda hipótese. O ITCMD, especificamente, tem finalidade essencialmente fiscal. Nesse sentido, Hugo de Brito Machado (2013, p. 366) averba que "a função do imposto sobre heranças e doações é fiscal. Ele tem a finalidade de gerar recursos financeiros para os cofres públicos."

Com efeito, em se tratando de imposto com finalidade arrecadatória, a capacidade contributiva emerge como a medida de comparação por excelência, já predeterminada pelo Constituinte no art. 145, §1º, da Constituição da República, dispensando maiores investigações nesse particular.[5] Isso ocorre porquanto a finalidade arrecadatória deve ser orientada pela Justiça da Tributária, que determina uma tributação adequada à capacidade

[5] Humberto Ávila (2009, p. 161) discorre que "quando os tributos destinam-se a atingir uma finalidade fiscal, enquanto instituídos com o fim preponderante de obter receitas dos particulares, e o ordenamento constitucional permitir a eleição dessa medida de comparação, será a capacidade contributiva a medida de diferenciação entre os contribuintes."

contributiva de cada contribuinte e pode ser traduzida, resumidamente, na seguinte máxima: quem tem mais contribui mais, quem tem menos contribui menos.

Concorde com essa assertiva, Douglas Yamashita (2002, p. 56) leciona que

> Posto que tributos são prestações pecuniárias compulsórias (arts. 3º do CTN), é inerente à realidade econômica dos contribuintes sua capacidade econômica como critério de comparação. Neste sentido, diante da inegável realidade tributária do Estado Democrático de Direito, e em face da perigosa arbitrariedade na eleição do critério de comparação entre contribuintes, a Constituição Brasileira não quis deixar ao legislador a tarefa de determinar o principal critério de comparação das realidades de tributação. [...] a capacidade econômica do contribuinte é o principal e mais adequado critério de comparação do princípio da igualdade aplicado ao Direito Tributário.

No ITCMD a medida de comparação deve ser, portanto, a capacidade contributiva do contribuinte, notadamente sua capacidade contributiva objetiva, que, no caso, é mensurada a partir do valor do patrimônio recebido a título de herança ou doação. Ressalte-se, porém, que há quem defenda ser impossível a aferição da capacidade contributiva no caso de impostos reais, tal como o ITCMD. Entretanto, aludida tese já foi repelida pela jurisprudência do STF[6], que chancelou a alíquota progressiva do ITCMD em obediência ao preceito insculpido no art. 145, §1º, da Constituição da República.

No caso de que se cuida, note-se que, relativamente aos herdeiros ou donatários parentes em linha reta do autor da herança ou doador, a medida de comparação – capacidade contributiva – tem como elemento indicativo o valor do bem ou direito herdado ou doado. A escolha do legislador é imune a críticas, uma vez que o elemento de aferição eleito guarda, incontestavelmente, relação *fundada* e *conjugada* com a medida de comparação. Assim, aquele que recebeu bem ou direito com maior valor, deverá pagar maior imposto do que aquele que recebeu bem ou direito de menor valor. Aqui, há uma harmonia estrutural da igualdade, porquanto, repisa-se, contribuintes em situações diferentes estão sendo, com razão, tratados diferentemente.

Porém, o mesmo não se pode dizer em relação à alíquota fixa de 8% destinada aos contribuintes não parentes ou com grau de parentesco distante do autor da herança ou do

[6] Veja-se, e. g., Recurso Extraordinário nº 562045/RS.

doador, cuja a incorreção é patenteada na análise concreta de dois elementos da igualdade: a medida de comparação e a finalidade do descrime.

No que tange ao primeiro deles, verifica-se que o legislador catarinense elegeu outra medida de comparação que não a capacidade contributiva, mesmo quando a constituição impunha a escolha dessa. Ora, já se consignou que, em se tratando de imposto com finalidade fiscal, modalidade na qual se quadra o ITCMD, o Constituinte excluiu o espaço de liberdade do legislador para escolher a medida de comparação ao predeterminar que a tributação deveria diferenciar-se conforme a capacidade contributiva do cidadão.

Nesse sentido, Humberto Ávila (2009, p. 56) sustenta que "há vedação expressa de diferenciação quando a Constituição, ao definir qual a medida de comparação deve ser a adotada para o tributo especificamente considerado, exclui qualquer outra." Disso resulta a impossibilidade do legislador adotar outros parâmetros de comparação sem incorrer em grave menoscabo das disposições constitucionais. Incumbiria, pois, ao Constituinte, e a ele somente, abrir exceções, tal como fez com o imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana autorizado a ter alíquotas variáveis de acordo com a locação e o uso do imóvel, nos termos do art. 156, §1º, II, da Constituição da República.

Em relação à finalidade da diferenciação, no caso em apreço, o legislador parece ter adotado finalidade distinta da finalidade fiscal, o que redundaria, mais uma vez, em vitanda violação do ordenamento constitucional brasileiro, onde é reservado ao ITCMD finalidade precipuamente arrecadatória. Diz-se que parece ter sido adotada outra finalidade, pois o legislador catarinense não explicitou qual finalidade estaria subjacente ao tratamento diferenciado atribuído aos contribuintes com distintos graus de parentesco. Destarte, à mingua de expressa indicação dessa finalidade, não consegue o intérprete submeter o fator de descrímen (grau de parentesco) ao teste de correspondência lógica com razão da discriminação. Em outras palavras, não consegue o intérprete verificar se existe uma *good reason* para o tratamento dessemelhante levado a cabo pela norma.[7]

Aparentemente, o legislador, ao editar a lei 13.136/04 do Estado de Santa Catarina, promoveu uma importação infeliz e malsucedida da legislação alemã, que contempla a

[7] Acerca disso, Humberto Ávila (2009, p. 71) preleciona que "a referência obscura e contraditória à finalidade buscada impede o controle intersubjetivo da realização da igualdade na exata medida em que obsta a verificação da relação fundada e conjugada de pertinência entre a finalidade e a medida de comparação, pela falta de clareza relativamente a um dos termos dessa relação".

mesma diferenciação de alíquotas no imposto de transmissão *causa mortis*. Nesse caso, a finalidade da diferenciação residiria no fato de que, em terras germânicas, os cidadãos devem socorrer-se primeiramente aos parentes em linha reta para o fim de satisfação das suas necessidades alimentares e assistenciais para, somente depois e na impossibilidade desses, socorrem-se ao Estado em busca de benefício assistencial. Aos parentes colaterais e não parentes não haveria qualquer obrigação nesse sentido, razão pela qual o tratamento diferenciado justificar-se-ia. Nessa senda, explica Klaus Tipke (2002, p. 38) que, na Alemanha :

> O montante do imposto sobre heranças não é apenas determinado pelo valor do espólio, mas também pelo grau de parentesco. Os parentes mais próximos têm preferência. O Direito Civil impõe aos parentes em linha direita obrigações alimentícias e assistenciais. Enquanto existirem parentes capazes e responsáveis pelo sustento não é concedido qualquer benefício previdenciário proveniente de recursos fiscais. Neste sentido, o auxílio familiar precede o auxílio estatal. Por outro lado, o direito de sucessão concede vantagens à família. Os parentes próximos são privilegiados perante parentes distantes, amigos da família, a fim de que o futuro da família seja assegurado sem que subsídios estatais sejam necessários. Este princípio familiar do Direito Civil é apoiado pelo direito do imposto de transmissão causa mortis em violação do princípio puro da capacidade contributiva. A alíquota do imposto de transmissão causa mortis leva em consideração a proximidade do parentesco. (p. 38)

Ocorre que, ao contrário da experiência alemã, o Estado Brasileiro não goza dessa espécie de benefício de ordem concedido em desfavor dos parentes em linha reta, razão pela qual inexiste fundadas razões que justifiquem o tratamento distinto entre contribuintes com graus de parentesco diverso.

Demais disso, a diferenciação promovida pelo legislador catarinense extrapola, ainda, os limites da Resolução n. 9, de 5 de maio de 1992, que não autoriza hipótese quejanda.

Seja como for, tais constatações convergem para uma única conclusão: a discriminação perpetrada pela Lei 13.136/04 do Estado de Santa Catarina acaba por tratar desigualmente contribuintes que se encontram em situações equivalentes, revelando-se discriminação infundada, desarrazoada e, portanto, arbitrária e odiosa.

5 Considerações finais

De tudo quanto exposto, é possível concluir que a exata compreensão da igualdade exige do estudioso um aprofundado estudo de sua estrutura, de tal modo que é possível dizer, sem medo de errar, que a missão de compreendê-la bem exige, antes e necessariamente, a compreensão de sua estrutura.

Destarte, é preciso ter em mente que a igualdade é uma relação comparativa, entre dois ou mais sujeitos, cotejados com base em uma medida de comparação, aferida por um elemento indicativo, que servirá a determinada finalidade. Na seara do Direito Tributário, diante de norma cuja finalidade é predominantemente fiscal, a medida de comparação será, peremptoriamente, a capacidade contributiva de cidadão, que deverá nortear a tributação nos termos do art. 145, §1º, da Constituição da República.

Assentadas essas premissas, emerge indene de dúvidas a inconstitucionalidade da diferenciação das alíquotas do ITCMD em razão de grau de parentesco levada a cabo pela Lei 13.136/04 de Santa Catarina, em virtude de representar patente desarmonia estrutural da igualdade.

Primeiro porque o legislador catarinense elegeu medida de comparação distinta da capacidade contributiva quando não poderia fazê-lo, em desobediência ao que impõe a Constituição Federal no multicitado art. 145, §1º, que predetermina a diferenciação da tributação com carácter fiscal em razão da capacidade contributiva dos contribuintes. Assim, amoldurando-se o ITCMD à espécie de tributos com finalidade fiscal, o legislador não poderia legislar diferentemente. Trata-se de um vício estrutural da igualdade quanto a sua medida de comparação.

Segundo porquanto parece ter o legislador almejado finalidade distinta da finalidade meramente arrecadatória, atribuindo ao imposto em questão finalidade diversa daquela autorizada constitucionalmente. Em assim agindo, incorreu em nova insubordinação às imposições constitucional. Ademais, ainda que fosse franqueada ao legislador a escolha livre de uma finalidade, haveria de haver uma escolha explícita e clara que justificasse a discriminação promovida, o que inocorre no caso sob vara. À mingua disso, resta inviabilizado ao exegeta a possibilidade de aferir a necessária correspondência lógica que deve haver entre a discriminação patrocinada e a finalidade que lhe é subjacente. Não bastasse, o tratamento diferenciado em debate, parece ser fruto de uma importação infeliz e malsucedida do imposto sobre herança alemã, onde existe razoável justificativa

para sua implementação, justificando-se a diferença no tratamento entre parentes em linhas reta do *de cujus* e os demais parentes e não parentes. À mesma conclusão, porém, não se chega na situação brasileira, inexistindo, aqui, finalidade razoável para implementá-la.

Seja como for, a discriminação *sub oculis* não merece chancela jurisdicional, eis que inquinada pela eiva da inconstitucionalidade por contemplar discriminação infundada e arbitrária, haja vista discriminar contribuintes em situações equivalentes sem justificativa razoável para tanto, nos termos do art. 150, II, da Constituição da República.

6 Referências bibliográficas

AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro.** 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição.** 2. ed. 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2007.

ÁVILA, Humberto. **Teoria da igualdade tributária**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BALEEIRO, Aliomar. **Limitações constitucionais ao poder de tributar**. 3ª ed. ver. Editora Forense: Rio de Janeiro, 1974

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. 18. tiragem. São Paulo: Malheiros. 2010.

BRASIL. **Código Tributário Nacional – Lei 5.172/66.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm. Acesso em 06 de novembro de 2014.

_____. Casa Civil. **Constituição da República Federativa do Brasil De 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 05 novembro de 2014.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 29ª Ed. rev. Amp. E atualizada até a EC 72/2013. Malheiros: São Paulo, 2013.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

COSTA, Regina Helena. **Princípio da Capacidade Contributiva.** 4. ed. São Paulo: Malheiro, 2012.

LOBO TORRES, Ricardo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário – Valores e princípios constitucionais tributários**. 1. ed. Rio de Janeiro: 2005.

_____. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. 16 ed. Rio de Ja-neiro: Renovar, 2009, páginas 77 a 83 e 91 a 98. Material da 4ª aula da Disciplina Sistema Constitucional Tributário: princípios e imunidades, ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual de Direito Tributário – REDE LFG.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário.** 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MELO, José Eduardo Soares de; PAULSEN, Leandro. **Impostos Federais, Estaduais e Municipais.** 7. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

PAULSEN, LEANDRO. **Curso de Direito Tributário Completo.** 4. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
SABBAG, Eduardo de Moraes. **Manual de direito tributário**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SANTA CATARINA. **Lei 13.136/04.** Disponível em: http://legislacao.sef.sc.gov.br/html/leis/2004/lei_04_13136.htm. Acesso em 05 de novembro de 2014.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

TIPKE, Klaus; YAMASHITA, Douglas. **Justiça Fiscal e Princípio da Capacidade Contributiva.** 1ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

INFORMAÇÃO PARA CIDADANIA PARTICIPATIVA NO DIREITO AMBIENTAL: PARADIGMA SISTÊMICO E INTEGRAÇÃO ENTRE CIÊNCIAS

Honácio Braga de Araújo[*]

Palavras-chave: direito ambiental; cidadania participativa; informação; paradigma sistêmico.

Resumo: Neste trabalho, o problema foi como a interpretação e aplicação das normas podem tornar mais efetiva a proteção ecológica. Diante dessa questão, a hipótese adotada foi a de que uma perspectiva sistêmica de ciências e normas pode contribuir para um direito ambiental de maior efetividade, ao propiciar acesso à informação e, com isso, a participação da sociedade na tomada de decisões. O objetivo é estabelecer uma articulação conceitual entre concepções de sistemas jurídicos, conexão entre ciências, ecologização e humanização da ciência jurídica, discutidas mediante abordagem sistêmica, e aplicar isso à explicação do vínculo entre visão integrada e efetividade do direito ambiental, através da cidadania participativa. Quanto à metodologia, optou-se pela pesquisa qualitativa descritiva, analisando-se fontes bibliográficas e documentais com base em definições teóricas, sendo escolhido o método sistêmico. Conclui-se que a ciência jurídica precisa se renovar diante dos novos riscos que a sociedade produz, porém, essa renovação não requer que o direito se transforme, apenas que mude a visão sobre si. Não se propõe extinguir separações nas ciências, mas compreender que determinar a atividade social através só de leis não é suficiente para resolver atuais questões jurídicas, cada vez mais complexas, ligadas a objetos de diferentes áreas.

Keywords: environmental law; participatory citizenship; information; systemic paradigm.

Abstract: In this paper, the problem was how the law interpretation and application can make the environmental protection more effective . Faced with this question, the hypothesis adopted was that a systemic perspective of sciences and norms can contribute to a more effective environmental law, by providing access to information and, therefore, the participation of society in decision-making. The goal is to establish a conceptual link between legal systems concepts, connection between sciences, greening and humanization of legal science, discussed by systemic approach and apply it to the explanation of the link between integrated vision and effectiveness of environmental law through participatory citizenship. As for methodology, we opted for the descriptive qualitative research, analyzing bibliographical and documentary sources based on theoretical definitions, being chosen the systemic method. It is concluded that the legal science must be renewed before the new risks that society produces, however, this renewal does not require the law to transmute, just to change the view of itself. It is not proposed to extinguish separations in the sciences, but understand that determine social activity only through laws is not enough to solve current legal issues, increasingly complex, linked to different areas objects.

[*] Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Bolsista CNPq. Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/6612850905729848.

1 Introdução

A percepção dos problemas ecológicos é sintoma da crise ambiental, provocada pela sociedade por meio do desequilíbrio da relação entre as demandas do homem e as ofertas da natureza. Tais problemas podem produzir riscos à integridade tanto do meio ambiente quanto da humanidade. Necessitam, portanto, de ferramentas controladoras, dentre as quais o Direito tem destaque, diante de suas potencialidades de representação e direção da realidade.

Nesse controle, com o fim de propiciar um convívio sustentável entre seres humanos e o meio ambiente em que estão inseridos, a sociedade – formada por sistemas sociais – precisa expandir sua consciência de que a natureza – composta por ecossistemas – é um conjunto de elementos interativos que se interconectam. Dessa forma, não é possível gerar danos a uma porção da natureza sem que esses repercutam em outras.

Assim como a natureza é feita de partes interligadas, a sociedade não está dissociada da natureza. Ao contrário, constitui parte integrante da mesma. Atingindo prejudicialmente o meio ambiente, a humanidade causa prejuízo a si mesma. Por isso, é preciso reconsiderar a maneira indiscriminada pela qual se faz uso dos recursos naturais,

podendo o direito, nesse quadro, funcionar como um meio para tal mudança: uma transição da exploração desregrada para o aproveitamento consciente.

Neste trabalho, o problema foi como a interpretação e aplicação das normas podem tornar mais efetiva a proteção ecológica. Diante dessa questão, a hipótese adotada foi a de que uma perspectiva sistêmica de ciências e normas pode contribuir para um direito ambiental de maior efetividade, ao propiciar acesso à informação e, com isso, a participação da sociedade na tomada de decisões.

O objetivo é estabelecer uma articulação conceitual entre concepções de sistemas jurídicos, conexão entre ciências, ecologização e humanização da ciência jurídica, discutidas mediante abordagem sistêmica, e aplicar isso à explicação do vínculo entre visão integrada e efetividade do direito ambiental, através da cidadania participativa. Quanto à metodologia, optou-se pela pesquisa qualitativa descritiva, analisando-se fontes bibliográficas e documentais com base em definições teóricas, sendo escolhido o método sistêmico.

Visto que o paradigma sistêmico serve como substituto ao paradigma cartesiano de fragmentação disciplinar, conclui-se que a ciência jurídica precisa se renovar diante dos novos riscos que a sociedade produz, porém, essa renovação não requer que o direito se transforme, apenas que mude a visão sobre si. Não se propõe extinguir separações nas ciências, mas compreender que determinar a atividade social através só de leis não é suficiente para resolver atuais questões jurídicas, cada vez mais complexas, ligadas a objetos de diferentes áreas.

A ciência separou os conhecimentos em setores isolados, construindo fronteiras que dificultam o acesso dos conhecimentos entre si e o acesso da sociedade às informações. A fragmentação é antidemocrática, pois dificulta a participação social nos processos jurídicos de conciliação entre tecnologia e ambiente. Além disso, gerou uma visão de direito despreparada para avaliar questões não jurídicas no momento em que se interpreta e aplica as normas, o que acaba sendo feito sem vínculo ao contexto social, logo, com pouca efetividade.

A integração não busca eliminar a divisão em áreas, mas a fragmentação excessiva e descontextualizada. O paradigma sistêmico visa à especialização capaz de se comunicar com o contexto, onde encontre outras especializações e possa dialogar com elas,

produzindo, desse modo, respostas sistêmicas para questões sistêmicas. Soluções elaboradas setor por setor – ou seja, sem integração – não resolvem efetivamente os problemas ambientais, devendo o direito funcionar de forma integrada, assim como funcionam os próprios problemas ecológicos.

2 Democracia ambiental e consciência ecológica

A ausência de um direito ambiental integrativo pode interferir no exercício do dever de proteção ambiental, pois, consoante Leite *et al*, "a fragmentação do direito implica uma fragmentação do próprio meio ambiente, ou seja, perdendo-se a noção de integralidade da norma ambiental, perde-se automaticamente a noção do meio ambiente como bem integrado" (2012, p. 35). A defesa do meio ambiente, concebido como unitário e indivisível, requer abordagens jurídicas multitemáticas, capazes de incorporar sua amplitude, visto que, segundo Leite *et al*, a perda de uma noção integrada "faz com que o ambiente volte a ser considerado a partir de seus elementos constitutivos. Dessa forma, esvazia-se a visão sistêmica que origina um todo considerado maior do que a simples soma de suas partes" (2012, p. 35).

Para viabilizar a tomada de consciência ecológica, o art. 225, §1º, VI, da CF/88, determinou o dever estatal de promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino, enquanto que o art. 5º, I e III, da Lei 9.795/1999, estabeleceu, entre as finalidades da Política Nacional de Educação Ambiental, "o desenvolvimento de uma concepção integrada do meio ambiente em suas múltiplas e complexas relações e o fortalecimento de uma consciência crítica sobre a problemática ambiental" (LEITE *et al*, 2012, p. 36).

Sob as diretrizes da CF/88, o Estado brasileiro se amolda aos contornos do Estado de direito ambiental, que para LEITE *et al*, tem "o princípio jurídico da equidade intergeracional como seu núcleo irradiador, inspirado no valor político da fraternidade, terceiro lema da Revolução Francesa" (2012, p. 81-82). De acordo com Sarlet e Fensterseifer, a edificação do Estado de direito ambiental tem como fundamentos a democracia participativa e o princípio da solidariedade, que expressam a necessidade de cooperação no corpo social (2013, p. 56).

Na democracia ambiental

> não apenas os Estados e os representantes do povo atuariam (democracia formal representativa), mas também os cidadãos, Organizações não governamentais e Organizações Internacionais de proteção ao meio ambiente. Destaca-se que a participação como forma de gestão de problemas ambientais é impossível se dissociada de processos de conscientização e informação (LEITE *et al*, 2012, p. 177).

Para a concretização de seus objetivos, o Estado de direito ambiental precisa de uma composição mista de participação pública nas decisões e acesso às informações necessárias para atingir uma tomada de consciência e emitir opiniões sobre o tema (AYALA, 2002, p. 45). A possibilidade de participação dos cidadãos nos processos relevantes para a proteção ambiental surge, conforme Leite *et al*, como consequência do direito de proteger interesses fundamentais transindividuais e "como resultado do reconhecimento de que a preservação do meio ambiente, considerado em sua dimensão integrada, deve articular-se de forma integrativa e, portanto, compartilhada" (2012, p. 22).

A cidadania ambiental – uma noção de cidadania centrada na participação ativa do cidadão – não se satisfaz na ausência de democracia, porém, as fórmulas democráticas de representação de interesses revelam-se insatisfatórios ao se reconhecer uma sociedade com responsabilidade ambiental; nesse contexto a democracia "afasta-se do princípio da soberania popular passiva e de sua essência puramente representativa para criar espaços públicos de decisão e então renascer como democracia ambiental" (LEITE *et al*, 2012, p. 140-141).

Fundada no princípio da solidariedade, a responsabilidade compartilhada pela proteção ecológica busca constituir a cidadania ambiental, que para Leite *et al*, vai além da geração presente, devendo ser exercida em termos planetários – como uma cidadania intergeracional global –, atravessando fronteiras, tanto pela integralidade do meio ambiente, e dos interesses ligados a ele, quanto pela globalidade dos problemas ambientais (2012, p. 36, 65, 70).

Diante dos impactos dos avanços econômicos, o movimento ambientalista visa corrigir a crise ecológica que o Mercado e o Estado não foram capazes de evitar e solucionar sozinhos (SARLET; FENSTERSEIFER, 2013, p. 35). Com tal fim, a ordem pública ambiental traz um sistema integrado, reunindo democratização do domínio ambiental – tratado como

bem de uso comum do povo – e coletivização da representação do meio ambiente – na ação popular ambiental e na ação civil pública ambiental (BENJAMIN, 2011, p. 144).

Dessa maneira, o segmento ambientalista da sociedade pode participar dos processos jurídicos que envolvem a conciliação entre desenvolvimento e meio ambiente. Para que essa conciliação prospere, no entanto, é necessário que as entidades governamentais trabalhem de forma integrada, diante do caráter sistêmico da natureza.

> Propõem-se, assim, soluções mais integradas, mais ecologicamente equilibradas, que valorizam a interdependência jurídica das várias dimensões do meio ambiente – ar, solo, água, flora e fauna – bem como os processos que compartilham. Assim procedendo, evitam-se medidas legislativas que, por desconhecerem ou desprezarem o caráter sistêmico da natureza, acabam por transferir a degradação de um meio (como a água) para outro (como o ar ou o solo). Nessa mesma linha, deve-se aceitar que a interdependência ambiental não é estancada por fronteiras políticas ou administrativas e pode exigir soluções regionais ou até globais para a degradação que a todos afeta (BENJAMIN, 2011, p. 131).

Se vários dos problemas ambientais são causados por todos e afetam a todos, então todos devem colaborar na busca de soluções. Logo, é preciso haver integração não apenas entre Estado e sociedade, mas também entre diferentes Estados, bem como entre gerações presentes e futuras, como se verá mais adiante. Contudo, não é suficiente atualizar as normas para acompanhar inovações no conhecimento científico. É preciso que as normas alcancem os efeitos esperados na realidade a que elas se referem. Portanto, não basta que as normas sejam criadas ou reformadas, devendo-se interpretá-las e aplicá-las de tal maneira que se possa lhes conferir maior efetividade, para que o ambiente seja realmente protegido.

Quanto à adoção da compreensão sistêmica na proteção constitucional, entende-se que, por não haver definido expressamente a ideia de meio ambiente, a CF/88 recepcionou a definição sistêmica de meio ambiente trazida por um texto normativo anterior, a Lei 6.938/81, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente:

> Art. 3º. Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:
> I - meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas (BRASIL, 1981).

Para Benjamin, a CF/88 acolheu "a proteção do meio ambiente, reconhecendo-o como bem jurídico autônomo e recepcionando-o na forma de sistema, e não como um conjunto fragmentário de elementos" (2011, p. 104). Sendo recepcionados dessa maneira, o ambiente e "seus elementos são apreciados e juridicamente valorizados em uma perspectiva relacional ou sistêmica, que vai além da apreensão atomizada e da realidade material individual desses mesmos elementos (ar, água, solo, floresta, etc.)" (BENJAMIN, 2011, p. 105).

Além disso, a adoção de uma concepção integrada do meio ambiente pode também favorecer "o desenvolvimento de um conceito de direito ambiental integrativo e, como consequência, promove substantivas modificações na forma como os instrumentos jurídicos são concebidos, definidos e implementados pelo Estado" (LEITE; BELCHIOR, 2010, p. 302).

Quanto à administração estatal do patrimônio ecológico, o bem ambiental não pode ser considerado como bem público, mas como "bem de interesse público e cuja administração, uso e gestão devem ser compartilhados e solidários com toda a comunidade, inspirado em um perfil de democracia ambiental" (LEITE apud AYALA, 2002, p. 93).

Essa ideia de responsabilidade compartilhada entre o poder público e o particular na proteção ambiental está, como foi anteriormente explicitado, relacionada à integração entre as gerações presentes e as gerações futuras, pois, do mesmo modo, uma proteção fragmentada seria incompleta e, portanto, não teria efetividade.

Assim como é necessário haver integração entre poder público e sociedade, entre Estados, entre gerações e entre elementos do meio ambiente, é preciso também se considerar a integração nas normas de direito ambiental. Desse modo, as normas constitucionais que fazem referência ao meio ambiente devem ser analisadas em conjunto, como um sistema.

Além da integração entre normas ambientais na interpretação e aplicação, é importante que a visão sistêmica esteja presente também na produção e atualização dessas normas. Tendo em vista que elas tratam de um objeto sistêmico (o ambiente e sua proteção jurídica) e lidam com valores que exigem uma abordagem também sistêmica (interesses ecológicos, sociais e econômicos), é preciso haver integração não só inter-normativa, mas também intra-normativa.

Dessa maneira, pautando-se pelo respeito aos parâmetros ambientais constitucionais, procura-se estimular a criação de normas ambientais sistêmicas, ecossocioeconômicas, e que estejam de acordo com uma visão sistêmica do meio ambiente (LEITE *et al*, 2012, p. 102, 114). Por ecossocioeconômico, segundo Leite *et al*, entende-se que, a fim de viabilizar o desenvolvimento real, é necessária uma conformação entre eficácia econômica, igualdade social e prudência ambiental (2012, p. 121-122), de maneira que o conceito de sustentabilidade resulta dessa conformação entre o economicamente viável, o ecologicamente correto e o socialmente justo (2012, p. 128).

Assim como os elementos naturais e suas interações compõem um sistema ecológico (ecossistema), há um sistema jurídico composto por normas de caráter ambiental e pelas inter-relações estabelecidas entre essas normas. Desse modo, a compreensão de como ocorre uma interpretação sistêmica do direito ambiental pode contribuir para que haja maior efetividade na aplicação de suas normas, fazendo com que a proteção jurídica do meio ambiente funcione de forma integrada, assim como funcionam os próprios problemas ecológicos.

A visão sistêmica, em contraposição ao paradigma cartesiano, é um método de avaliação que, conforme Leite *et al*, busca o sentido do todo por meio de uma interpretação contextual, examinando as inter-relações estabelecidas entre partes integrantes de um sistema (2012, p. 96-97). Essa visão, consoante Leite *et al*, "revela-se de suma importância para um novo pensamento jurídico, especialmente no sentido de que não se conduza por uma leitura estanque, isolada, dos dispositivos que formam todo o instrumento normativo constitucional" (2012, p. 98). É justamente a leitura isolada dos dispositivos um dos entraves à efetividade na aplicação de normas constitucionais de proteção ambiental.

Mesmo após intervenção do Supremo Tribunal Federal em dissensos de interpretação, há dificuldades de implementação das normas constitucionais nas cortes estaduais, nas quais "pode-se verificar como é cada vez mais difícil a correção dos profundos défices de justiça ambiental, enfrentados pelo Estado de direito do ambiente, e ainda mais difícil a tarefa de consolidação do Estado democrático de direito ambiental" (AYALA, 2002, p. 283).

Observa-se a compreensão inadequada na resolução de conflitos de direitos, durante a qual, para Ayala, ocorre "desvio na determinação do âmbito de proteção da

norma constitucional", desvio na identificação das práticas que estão sob o alcance desse âmbito de proteção, e "avaliação defeituosa da situação de colisão dos interesses relacionados", que desconsideram outros elementos envolvidos no conflito, permitindo que "as práticas fraudatórias à Constituição sejam consideradas como mais um dos problemas que qualificam as dificuldades de realização do Estado democrático de direito ambiental" (2002, p. 284-285).

Essas divergências demonstram o fato de que, por mais integração que contenham os textos normativos, se não houver a interpretação integrada na produção de textos decisórios, não existirá a proteção jurídica integrada do meio ambiente. Diante disso, o Estado de direito ambiental funciona como um modelo decorrente da interpretação integrativa das normas ambientais presentes na CF/88, que, para LEITE *et al*, deve servir de referencial para medidas legislativas (e judiciais) que tornem a proteção ambiental mais eficiente (2012, p. 100).

Para tanto, o direito ambiental deve entender os princípios sobre os quais se organizam os sistemas ecológicos, pois direito e ecologia são mundos distintos, que, segundo Ayala, necessitam de uma linguagem comum, através da integração e comunicação de seus códigos, rompendo dificuldades de entendimento e buscando "integralização cognitiva de nossa ordem constitucional, fundada em um tríplice modelo de referência: um Estado de direito ambiental, novos direitos fundamentais e uma nova democracia ambiental" (2002, p. 86-87). Logo, deve haver integração entre a ciência jurídica e a ciência ecológica.

Para ser efetiva, a aplicação do direito, através de uma decisão de direito ambiental, depende de uma integração entre a linguagem da ciência jurídica, a linguagem da ciência ecológica, a da ciência econômica e a da ciência política. Portanto, se faz necessário discutir como ocorre a fragmentação entre as linguagens científicas a fim de entender de que forma a integração entre elas pode realizada.

3 Paradigma da integração na linguagem da ciência

Ciência normal, segundo Kuhn, é aquela que segue um paradigma, e esse, por sua vez, é um modelo para problemas e métodos científicos, ou seja, ele determina o que deve ser pesquisado e como se faz a pesquisa dentro de um grupo de cientistas (2003, p. 29-30). O paradigma é a norma, normal é a ciência que o obedece e que, por adotá-lo, é permitida a realizar uma pesquisa mais esotérica: desenvolvida a partir de conceitos refinados, específicos e, portanto, em uma linguagem compreendida apenas pelos instruídos em uma ciência.

Durante o período pré-paradigmático do desenvolvimento de uma ciência, a ausência de conceitos comuns aos pesquisadores fazia com que precisassem apresentar os fundamentos adotados em seus livros de divulgação dos resultados das pesquisas que, para Kuhn, eram dirigidos, portanto, a membros de outros campos, pois já que explicavam seu conteúdo desde as bases não era necessário ser da mesma área para entender (2003, p. 33).

Antes do estabelecimento de um paradigma ocorriam divergências, cessadas com a definição paradigmática, momento em que a padronização de fundamentos e a segurança de seguir o rumo certo incentivaram os pesquisadores a produzir com mais precisão, contudo, com maior esoterismo; estavam melhor orientados, entretanto, passaram a empregar termos muito específicos, compreensíveis apenas com o prévio entendimento dos princípios que, já padronizados, deixaram de ser mencionados nos trabalhos (KUHN, 2003, p. 35-40). Assim, a divulgação dos resultados se tornou acessível apenas a outros membros do mesmo setor científico, unidos entre si pelo paradigma e por ele também separados dos demais setores.

A ciência normal, consoante Kuhn, tenta "forçar a natureza a encaixar-se dentro dos limites pré-estabelecidos e relativamente inflexíveis fornecidos pelo paradigma" (2003, p. 45). Tende-se atualmente à progressiva fusão entre as ciências (sociais e naturais), por ajudar na busca de conceitos capazes de demolir os muros em que a realidade foi dividida e encerrada pelo paradigma moderno de ciência (SANTOS, 2002, p. 90, 94). No entanto, apontar essa tendência não é suficiente. De acordo com Santos, para superar esse hábito de isolar, presente no campo científico, é preciso entender tal superação em seu conteúdo e sentido (2002, p. 91). Um modo de se iniciar a compreensão é, segundo Morin, abrindo os olhos para a necessidade de distinguir as áreas do saber sem dissociá-las (2000, p. 34).

Entretanto, esse pensamento – que Morin chama de complexo e outros, de sistêmico – não visa fusão entre as partes do conhecimento, nem substitui o ato de dividir pelo de juntar, de forma que os limites não são abandonados, apenas transgredidos nos momentos em que param de ser operacionais (2000, p. 201). A chave, para Morin, está em complementar um pensamento que separa por um pensamento que reúne; não uma troca, mas uma adição (2000, p. 209). A visão sistêmica não é o inverso da visão simplificadora, na verdade, a segunda está contida na primeira, que é capaz de reunir e contextualizar (MORIN, 2000, p. 207).

A ciência reducionista apresenta apenas a realidade daquilo que consegue isolar, a fim de criar suas leis, logo, omite o que é incapaz de isolar, por isso fabrica um saber incompleto: afirma que conceitos complexos não devem ser entendidos em si mesmos, mas simplificados (MORIN, 2000, p. 157). A visão complexa é, segundo Morin, a resposta ao método cartesiano que corta o fio ligante das partes, produzindo um conhecimento mutilado (2000, p. 169).

O sistema educativo, consoante Morin, extrai os objetos de seu contexto, pois isola o conhecimento em disciplinas "cujas fronteiras quebram arbitrariamente a sistemicidade, a relação de uma parte com o todo" (2000, p. 90). Esse sistema "disjunta e compartimenta os saberes, tornando mais e mais difícil sua colocação no contexto" (MORIN, 2000, p. 91). Do mesmo modo, se criou um direito despreparado para avaliar questões não jurídicas no momento de interpretar e aplicar suas normas. Questões não jurídicas que são parte da sociedade que o direito se compromete a representar e dirigir, o que acaba fazendo de forma descontextualizada e, portanto, com pouca efetividade.

Por trabalhar apenas para cientistas, o pesquisador se importa pouco com a opinião (aprovação) dos leigos sobre seus trabalhos, desse modo, ele se permite imaginar pressupostos refinados (esoterizar) e concentrar sua atenção em problemas específicos (separar), ocasionando a insulação da comunidade científica frente à sociedade (KUHN, 2003, p. 206).

O paradigma científico moderno está relacionado ao monopólio do Estado sobre a interpretação do direito. Para monopolizá-la, o Estado deu ao direito um código próprio, ou seja, um conjunto de termos fechado em si mesmo. Com o monopólio de interpretação, houve o aumento do esoterismo do conhecimento, sendo que essa falta de clareza na

linguagem da ciência (e do direito) dificulta a participação da sociedade nas práticas interpretativas, ocorrendo, assim, uma renúncia à interpretação.

Moreira se refere a essa renúncia como consequência da ideia de ciência neutra, pois "esta construção dogmática da neutralidade do direito, enquanto ciência, (...) anestesia os impulsos reflexivos a respeito da função social do Direito", fazendo com que o caráter dito impessoal, geral e imparcial do direito sirva para evitar contestação – uma interpretação que enxergue necessidade de mudança (2006, p. 42).

A especialização se corrompeu em hiperespecialização – que aprisiona os objetos de estudo em disciplinas fechadas e não comunicantes – e fragmentação – que impede uma visão sobre os sistemas (natureza, sociedade, ser humano) com informações científicas afastadas e isoladas, pois é preciso decifrar o vocabulário especializado, o que não se consegue por estar esoterizado (MORIN, 2000, p. 28, 30, 95). Resta saber "se persistirá a superespecialização que produz efeitos colaterais (...) ou se será possível reencontrar e desenvolver a força necessária para uma especialização voltada para o contexto" (BECK, 2010, p. 238-239).

A hiperespecialização consiste em separar e isolar campos de uma ciência ou ciências entre si; não apenas fraciona o conhecimento em compartimentos, mas também impede que os conceitos de uma área criem relação com os de outra; os ramos não dialogam. Para conectá-los, é preciso que as portas dos departamentos não se escondam atrás de termos exclusivos. Se o conhecimento for claro, todos podem acessá-lo, religando os saberes para refletir sobre eles. Havendo essa possibilidade de que todos venham a acessá-lo, obtém-se a democratização de acesso à informação a partir de um maior emprego da visão sistêmica.

4 Visão sistêmica de desenvolvimento e sustentabilidade

De acordo com o art. 170, IV, da CF/88, a ordem econômica "tem como finalidade assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social, devendo ser observado o princípio da defesa do meio ambiente" (FERREIRA; FERREIRA, 2010, p. 220). Nesse dispositivo, o texto constitucional reconhece a necessidade, mencionada

anteriormente, de que o desenvolvimento tenha base em uma integração entre eficácia econômica, prudência ambiental e igualdade social, visto que o conceito de sustentabilidade resulta dessa integração entre o economicamente viável, o ecologicamente correto e o socialmente justo.

Contudo, a economia se baseia em um processo de extração de recursos, produção de bens e consumo, seguido do descarte de resíduos, sem reaproveitamento, ou seja, "um sistema linear, onde 'tudo sobra e vai para o lixo', enquanto que os ecossistemas necessitam de um sistema cíclico, onde tudo é aproveitado", de modo que esse sistema linear, além de extinguir os recursos naturais, destrói o ambiente com os componentes tóxicos dos resíduos descartados (CANDEMIL, 2012, p. 21). Além disso, na condução da economia, não tem sido considerado o "fato de que os recursos naturais são limitados, estão se tornando cada vez mais escassos e, provavelmente, serão um fator limitante para a própria produção econômica" (FERREIRA; FERREIRA, 2010, p. 213).

Embora o crescimento populacional seja apontado como uma das grandes razões para o esgotamento dos recursos naturais, o maior problema não é o número de pessoas existentes, de acordo com Candemil, "mas seus hábitos de consumo, uma vez que as nações com elevada expansão populacional consomem pouquíssimos recursos, enquanto que apenas 5% da população mundial produzem a maior parte dos gases do efeito estufa do mundo" (2012, p. 24-25). Apesar de se buscar igualdade de bem-estar a todos, frisa-se, segundo Candemil, que, "se 5% da população mundial já causam tamanho impacto ambiental, é insano que o Direito queira tutelar o mesmo hábito de consumo para 100% da sociedade" (2012, p. 25).

Portanto, um direito que procure promover a igualdade de bem-estar a todos não deve fazê-lo tentando propiciar a todos esses mesmos hábitos de consumo excessivo, mas buscar as mudanças necessárias à referida integração econômica, ecológica e social. Ao se dirigir a tais mudanças, o direito se aproxima do ideal de desenvolvimento sustentável, por este ser uma proposta que serve de fundamento para uma mudança de paradigma, um guia apontando o caminho para corrigir os defeitos de atuação.

O desenvolvimento sustentável pode ser definido, conforme Candemil, como "aquele que atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem às suas próprias necessidades", segundo o conceito mais

completo e utilizado atualmente, estabelecido na convenção internacional de Brundtland, pelo relatório Nosso Futuro Comum (2012, p. 26). De acordo com Ferreira e Ferreira, quando baseado nos pilares econômico, social e ambiental, a ideia de desenvolvimento sustentável "pode tornar-se 'imprudente' por levar a compromissos facilmente dissimulados, sob o argumento de que sacrifícios ecológicos são necessários para assegurar a economia ou atender a interesses sociais" (2010, p. 213-214). É preciso atenção, portanto, para a forma como essa definição é empregada na produção, interpretação e aplicação das normas jurídicas.

No processo legislativo, os interesses econômicos não podem prevalecer de maneira incondicional sobre os demais, pois, para Ferreira e Ferreira, a "busca pela maximização dos lucros e a aceitação da ética da negligência apenas ressaltam a insustentabilidade dos padrões de produção e consumo" (2010, p. 206). Candemil afirma que, no Brasil, governo e empresas "ainda vivem sob um paradigma de prioridade dos interesses econômicos sobre os sociais e ambientais", devendo o direito adotar postura voltada à sustentabilidade, mas, "antes de haver uma coerção de empresas e da sociedade para que atuem de forma sustentável, é importante que o governo adquira e construa um novo paradigma de sociedade" (2012, p. 33-34).

Em relação a um planejamento realmente integrado do plano de desenvolvimento,

> Ao contrário do que se observa na prática, em que os órgãos ambientais têm presença apenas formal na mesa de decisões sobre a administração do país, em um real planejamento integrado, o próprio plano de desenvolvimento deveria, em sua totalidade, ser submetido a rigorosa análise do custo ambiental, além da tradicional análise de custo monetária. Para isso, porém, seria necessário que o órgão federal responsável pelo Meio Ambiente tivesse assento, com os mesmos poderes que os órgãos econômicos, nos gabinetes em que é formulado o planejamento do desenvolvimento nacional (BRANCO, 1989, p. 89).

A possibilidade de planejamento jurídico da sustentabilidade não está relacionada à capacidade do direito de assimilar "variações quantitativas no programa jurídico (muita/pouca legislação), mas sim variações operacionais (como gerir essa legislação)" (SIMIONI, 2006, p. 147). O problema não estaria no ritmo de produção de normas, mas na carência de efetividade para as normas já produzidas, ou seja, trata-se de um problema de interpretação e aplicação dessas normas, que requer a integração entre direito e outras ciências.

5 Integração entre direito, economia e ecologia

Diante desse quadro, em que se criam muitas leis e se dá a elas pouca efetividade, o direito, que, para Simioni, estabiliza as "expectativas sociais normativas através de programas condicionais, começa a revelar sintomas de descumprimento dessa função à medida que sua estrutura parece não comportar mais a complexidade do mundo globalizado" (2006, p. 141). Assim, há uma exigência de "progressiva especialização e fragmentação do Direito Ambiental diante da complexidade dos problemas ecológicos", os quais as decisões não têm condição de observar fora da racionalidade jurídica (SIMIONI, 2006, p. 9-10).

De acordo com Christmann, o risco ambiental despertou reflexões internas na ciência, ressaltando, dessa forma, o caráter transdisciplinar do risco e a incapacidade das ciências de o resolverem com a superespecialização (2012, p. 50). Com isso, "a ciência precisa reconhecer que a superespecialização é incapaz de oferecer soluções efetivas, já que não reconhece o caráter multidimensional do risco", sendo a especialização contextual, proposta por Beck, uma "perspectiva que se relaciona com as proposições de alternativas epistemologicamente transdisciplinares, com novas bases paradigmáticas e epistemológicas, defendidas com fortes embasamentos por autores como Edgar Morin" (CHRISTMANN, 2012, p. 47).

Nesse contexto fragmentário, a decisão jurídica incapaz de observar a realidade social complexa "não tem condições de refletir sobre os seus pressupostos decisórios, nem sobre os efeitos colaterais por ela produzidos, porque ela está condenada a manter-se dentro de um círculo de auto-referência" (SIMIONI, 2006, p. 10). O jurista que tem referência apenas em leis para decidir validamente não tem condições de conhecer todos os aspectos que envolvem a decisão e seus impactos futuros, pois, de acordo com Simioni, o jurista não pode avaliar o impacto ambiental "sem o auxílio de peritos que trabalhem com os códigos de outros sistemas (biologia, química, geologia, por exemplo)" (2006, p. 126).

Uma alternativa para o enfrentamento dos riscos pelo direito ambiental é a observar a "análise dos riscos projetados pelos outros sistemas da sociedade. Mas o processamento da informação sobre os riscos informados por outros sistemas (ecológico, político, econômico...), para depois descrever modos para evitá-los ou mitigá-los" requer

comunicação intersistêmica (SIMIONI, 2006, p. 68). Essa comunicação entre sistemas, segundo Simioni, exige "uma estrutura capaz de codificar a informação produzida por um sistema, para que outro sistema possa assimilar essa informação" (2006, p. 104-105).

De acordo com Simioni, um caso de organização social cujas decisões geram um alto grau de acoplamento entre sistemas é uma norma da série ISO, que constitui um meio comum entre direito, ecologia e economia, em que uma alteração provocada por um desses sistemas repercute nos demais (2006, p. 117-118). A ecologia descreve problemas ambientais usando a comunicação científica para alertar a sociedade, repercutindo na economia através da "proliferação de empresas de consultoria ambiental, certificados verdes como a ISO 14000 e uma preocupação singular das organizações empresariais com a imagem 'ecologicamente correta' perante o governo e os consumidores" (SIMIONI, 2006, p. 107-108).

O efeito cascata das certificações ISO 14000 é, conforme Simioni, um exemplo de que a preservação da imagem da empresa é um grande motivador do respeito ao meio ambiente, assim como "as organizações que consomem recursos naturais em seu processo produtivo não podem criar, para si mesmas, uma situação de insustentabilidade ecológica" (2006, p. 237). As organizações têm meios de minimizar os impactos das cominações econômicas e políticas, mas, para a opinião pública, não bastam mais estratégias de marketing, pois, para Simioni, se tornou necessário comprovar a imagem ecologicamente responsável de um empreendimento potencialmente poluidor, por meio de investimentos em proteção ambiental (2006, p. 238).

A deficiência de efetividade da norma jurídica, para Simioni, "é uma questão tanto do meio pelo qual o sistema jurídico produz informações ao ambiente como da forma pela qual essas informações são assimiladas ao ambiente social" (2006, p. 76). O direito, além de adotar a fundamentação científica nas decisões e regular a credibilidade ecológica das organizações – que são tipos de integração entre áreas do conhecimento –, precisa aprimorar o modo pelo qual as informações são produzidas e assimiladas pela sociedade – através da integração entre os sistemas jurídicos: legislador, gestor e julgador.

6 Legislação, gestão e jurisdição do meio ambiente

Gestão ambiental é um conceito cada vez mais utilizado pela iniciativa privada, estando na maioria das vezes associado às normas ISO série 14000, contudo, sua abrangência vai além da atuação da iniciativa privada, incluindo também as ações dos órgãos públicos. Primeiramente, será explicado o sistema de gestão ambiental proposto pelas normas ISO (de caráter privado), para depois apresentar como suas características gerais se relacionam com os sistemas administrativo e jurisdicional de gestão (de caráter público), em especial no que diz respeito à integração entre esses sistemas de gestão ambiental.

Conforme D'Isep, a ISO é uma organização internacional não governamental, sem fins lucrativos, que desenvolve normas de caráter privado a respeito da padronização de produtos e serviços, "mediante acordos técnicos internacionais, respaldados na ciência, tecnologia e experiência" (2009, p. 188-189). A ISO é um organismo de normalização, e esta é entendida como uma "atividade que visa à elaboração de padrões, através de consenso entre produtores, consumidores e entidades governamentais" (BENJAMIN apud D'ISEP, 2009, p. 212).

A NBR ISO 14001:2004, junto com as outras normas da série ISO 14000, apresenta diretrizes, princípios e recomendações para construção de um sistema de gestão ambiental em âmbito empresarial, trazendo elementos práticos – exemplos ou conselhos – e valores para facilitar a implementação do sistema (D'ISEP, 2009, p. 203).

Essas normas de técnicas de gestão ambiental, segundo D'Isep, "propõem um modelo simples para organizar uma empresa que pretenda monitorar seu impacto sobre o meio ambiente", em um caminho a ser percorrido: elaborar uma política ambiental; planejar; implementar e operar; verificar e corrigir; e, então, uma fase de análise crítica dos resultados (trazidos pelos instrumentos do estágio anterior), uma análise que é feita pela administração e que não cessa, devendo retornar ao primeiro estágio (elaboração da política ambiental), "no sentido de uma espiral em constante movimento, sendo a obrigatoriedade quanto à melhoria contínua o seu propulsor/movimentador" (2009, p. 204).

Assim, um sistema de gestão ambiental consiste em uma avaliação constante da efetivação do dever de controle dos impactos ambientais, ou seja, um acompanhamento do desempenho produtivo como um todo, não apenas antes de sua implementação.

A necessidade de padronização de um sistema de gestão ambiental só vem denunciar uma vez mais – visto que a legislação ambiental já o fez – "a impossibilidade do tratamento setorial do meio ambiente, exigindo uma norma/política que disponha a cerca da abrangência do todo" (D'ISEP, 2009, p. 213). Para D'Isep, a legislação se mantém viva pelo seu próprio estado de vigência, enquanto as normas ISO o fazem por meio de seu "próprio sistema de retroalimentação, que é impulsionado pela obrigação de 'melhoria contínua'" (2009, p. 213).

O descumprimento de tal "obrigação" de melhoria contínua, de acordo com D'Isep, trazem como "pena" a perda do certificado, uma vez que as normas ISO são propostas de automonitoramento, não tendo caráter compulsório e previsão de multas e sanções, como os regulamentos e leis (2009, p. 213). A legislação ambiental não tem a mesma eficácia, uma vez que prevê a reparação e a prevenção, ao passo que as normas da série ISO 14000 não apenas abrangem reparação e prevenção, mas vão "além, ao exigir a 'melhoria contínua' sob pena da perda da certificação" (D'ISEP, 2009, p. 214). Assim, consoante D'Isep, as normas ISO série 14000 revelam "a ineficácia do tratamento setorial do meio ambiente até mesmo no interior de uma organização, o que só vem corroborar a necessidade de uma ação conjunta (ratifica o aspecto indivisível do meio ambiente)" (2009, p. 217).

Em consonância com o que já foi exposto sobre a necessidade de gestão contínua, antes e durante o impacto ambiental, Canotilho diz que um "Estado constitucional ecológico pressupõe uma concepção integrada ou integrativa do ambiente, e consequentemente um direito integrado e integrativo do ambiente", que aponta para a necessidade de uma proteção global e sistêmica, não se tratando apenas de policiar os perigos das instalações ou atividades, "mas também de acompanhar todo o processo produtivo e de funcionamento sob um ponto de vista ambiental" (2010, p. 36).

Assim, fica evidente o estreito vínculo entre a integração na proteção ambiental, a integração no conceito de meio ambiente e a integração no conceito de direito ambiental. A integração dos sistemas de gestão do risco ambiental também se relaciona com a integração entre países, entre áreas científicas e entre sistemas jurídicos, visto que, no que diz respeito aos riscos ambientais, uma solução pensada em escala limitada não é eficaz.

Quanto à integração entre áreas científicas, a construção de um direito ambiental integrativo (sistêmico) exige "a passagem de uma compreensão monotemática para um

entendimento multitemático", também pressupondo uma avaliação integrada do impacto ambiental, que não considere isoladamente o projeto que pode trazer risco ao ambiente, mas sim no contexto do plano geral no qual esse projeto específico se insere, e que, de acordo com Canotilho, vise a "substituição de uma 'polícia de pormenores' por um sistema de controle (ou de pós-avaliação) dos resultados" (2010, p. 36-37).

A natureza funciona de forma ecossistêmica, logo, o direito que a protege necessita ser também sistêmico. Como Branco afirma,

> O Estudo de Impactos Ambientais que, cada vez mais, e de forma salutar, é exigido para todos os empreendimentos ditos econômicos, é necessariamente infrutífero quando voltado a contemplar as consequências de um só empreendimento isolado, sem considerar o efeito final de um sistema de impactos, causado por um sistema de empreendimentos sobre um sistema ambiental. A visão sistêmica, que se defende para a consideração do Meio Ambiente impõe-se, igualmente – e pela mesma razão – à avaliação de impactos ambientais e é curioso que políticas de planejamento, que procuram promover o desenvolvimento através de planos integrados do ponto de vista estritamente econômico não percebem que o impacto ambiental deva ser examinado também de forma integrada (1989, p. 90).

Desse modo, processos voltados a avaliar os potenciais impactos de um projeto não devem se limitar a um exame prévio à decisão, acompanhando a execução desse projeto a fim de que um controle contínuo, de caráter preventivo e corretivo, seja exercido sobre todo o projeto, pois "o ato administrativo, longe de encerrar um procedimento por uma decisão clara, inscreve-se num processo de gestão contínua do meio" (OST, 1997, p. 116).

Além desse exame integrado e acompanhamento constante, é preciso tomar cuidado com a burocratização exagerada. Como explica Ost, a inflação normativa – textos numerosos, desconhecidos e mal aplicados – provoca para a norma o mesmo que acontece com a moeda excessivamente produzida, se desvaloriza, logo, a proliferação de resoluções e regulamentos, "cuja divulgação é incerta e o alcance jurídico duvidoso, (...) conduz a uma falta de coerência das soluções, reunidas à medida das urgências e setor por setor" (1997, p. 124).

As soluções, elaboradas setor por setor, ou seja, sem integração, não são capazes de resolver efetivamente os problemas ambientais. Isso seria possível apenas por meio de uma visão sistêmica do desenvolvimento, em que as necessidades ecológicas são consideradas tão importantes quanto as (reais) necessidades econômicas e sociais. Essa concepção tem

uma relação com um ponto já discutido: os hábitos de consumo excessivo, pensados (através do paradigma moderno) como necessidades. Por isso a expressão "reais" necessidades, pois essas precisam ser repensadas, questionando-se o modelo de desenvolvimento adotado.

> A recente introdução, no Brasil, de uma legislação que obriga à realização de Estudos de Impactos Ambientais na fase de projeto de empreendimentos de certa monta, embora útil, não chegará a ser eficiente no sentido da preservação de nossos ecossistemas, pois não outorga a esses estudos – ou a seus realizadores – a competência para examinar, avaliar ou questionar a necessidade real do empreendimento em face da realidade nacional ou das conveniências políticas. Em outras palavras, não é permitido questionar o modelo econômico ou o modelo de desenvolvimento adotado. A visão sistêmica da problemática ambiental só é possível em nível de planejamento, devendo constituir um dos principais parâmetros – ao lado dos econômicos e sociais – para decisão do modelo de desenvolvimento a ser adotado pela superior administração pública (BRANCO, 1989, p. 127).

É preciso combater, também, o mecanismo da desconstrução jurídica, descrito por Ost: as exceções identificáveis em lei são alargadas em resoluções de aplicação, em seguida, a "prática administrativa precipita-se na brecha e inverte a relação da regra e da derrogação, o juiz renuncia a restabelecer uma legalidade administrativa cujo encadeamento se perdeu à medida das concessões em cascata" (1997, p. 132).

Não bastasse os legisladores elaborarem textos lacunosos e os administradores se utilizarem das lacunas para decidir, caso a caso, se aplicam ou não as normas, também cedem os juízes à fragilidade do sistema.

Para Ost, "os magistrados hesitam em condenar, seja porque se negam a substituir a sua apreciação à da administração, seja porque, confrontados com um debate de especialistas cuja tecnicidade os ultrapassa, preferem abster-se" (1997, p. 130). Portanto, Ost entende que, em lugar do "direito flexível" tão louvado, haveria o "direito frouxo", que se acomodaria aos interesses dos entes poluidores em uma "administração convencional" (1997, p. 143).

A referida tecnicidade no debate de especialistas se refere ao conteúdo das já citadas perícias ambientais e financeiras, elaboradas por ecologistas e economistas para a análise dos juristas. Essa preferência por abster-se de decidir, por sua vez, se relaciona à anteriormente mencionada renúncia à interpretação, que ocorre diante de uma linguagem não compreendida.

Isso mostra bem a diferença, apresentada por Branco, entre o paradigma integrativo que, "não reconhece, nas partes, a existência fragmentada do conteúdo do todo", e o clássico paradigma dissociativo (reducionista), que "procura reduzir o todo a suas partes elementares a fim de considerá-las em separado dada a impossibilidade de se abarcar o todo com o instrumental metodológico" (1989, p. 4).

Assim, diante da impossibilidade de se abarcar o todo (disponível nas perícias técnicas especializadas) com o instrumental metodológico (visão não integrada), se deixa de entender o todo de modo sistêmico, produzindo um direito fragmentado.

A ciência precisa aprender a se especializar em contexto, pois a perspectiva isolada acabará por se revelar geradora de riscos (BECK, 2010, p. 271). Com base nisso, se entende que a construção da perspectiva integrada não busca extinguir a especialização da ciência, mas sim a especialização excessiva, descontextualizada.

A abordagem sistêmica visa à especialização capaz de se comunicar com o contexto em que se insere, onde encontre outras especializações, entenda suas linguagens e, assim, possa dialogar com elas, produzindo soluções sistêmicas para problemas sistêmicos. A integração entre ecologia, economia e sociedade (sustentabilidade), assim como a integração entre Estados e entre gerações (solidariedade), podem contribuir para aproximar as pessoas e fazê-las perceber que apenas a ação coletiva é capaz de superar as limitações individuais.

7 Considerações finais

O funcionamento dinâmico do direito tem quatro aspectos: a atuação do gestor público por meio da aplicação as normas; a observação da sociedade sobre as normas; a interpretação das normas através da decisão judicial; e a produção de normas. O debate público para criar as normas é formador de concepções para a sociedade e para os legisladores. Tais concepções produzem os entendimentos que alimentam o sistema jurídico, pois, sendo a norma aprovada ou não, os entendimentos produzidos durante a discussão podem reaparecer em um debate futuro para a criação de outra norma.

Aliado ao exposto, a aplicação da norma jurídica é subordinada ao acompanhamento minucioso da evolução do problematização ecológica. As concepções do legislador, do gestor e do julgador são formuladas no âmbito do que é refletido como problema social: se as condições ambientais não são refletidas como problema, a interpretação institucional da lei também não refletirá sobre tal.

A interpretação vem da análise do atual estado da discussão sobre a questão ambiental a partir dos documentos de produção e atualização de informações (relatórios e afins) – que representam a vanguarda da opinião científica – e dos debates ocorridos durante a criação e a reforma das normas (projetos de lei e respectivas considerações doutrinárias) – que representam a vanguarda da opinião pública.

Dessa forma, a população é associada à tomada de decisões, considerando-se a visão da sociedade sobre os fatos sociais e sobre as normas, tendo em vista que essa visão é um dos elementos do processo de produção do direito. Portanto, é essa a relevância do enfoque utilizado para o objeto de investigação: a aproximação entre direito e sociedade e entre direito e outras ciências, além da ligação entre subsistemas do direito (Legislação, Administração e Jurisdição), somando à teoria jurídica vigente.

Contudo, para exercer adequadamente essa função de proteção ambiental, o direito necessita, ele também, enxergar a si próprio como um sistema. A capacidade protetora do direito pode ser potencializada por uma maior eficiência na integração de seus componentes interdependentes, como o setor que produz normas (o ente legislador), o que administra bens (o ente gestor) e o que resolve conflitos (o ente julgador).

O meio ambiente é muito amplo para ser delimitado por marcos geográficos (fronteiras espaciais) e historiográficos (limites temporais), convenções humanas socialmente arquitetadas e difundidas. Tendo a humanidade uma parcela na responsabilidade pelos danos ambientais, e sendo o meio ambiente um todo que abrange o mundo, toda a humanidade deve trabalhar em conjunto para cuidar desse problema.

O direito, como outras ciências, é uma tentativa de tradução da realidade, porém, conforme o dito, toda tradução é uma traição: a representação desfigura o concreto quando o leva ao plano abstrato, e caracteres do traduzido sempre ficam para trás. A disputa entre as teorias é, pois, pelo posto de melhor tradutora.

A ciência é desafiada a construir teorias, conceitos e interpretações para traduzir realidades pouco conhecidas. A ciência pode, algumas vezes, fracassar nesse desafio, diante de casos que vão além da capacidade de pensar que foi moldada pelo paradigma moderno. A modernidade impõe uma especialização fechada do conhecimento, portanto, a ciência jurídica moderna não compreende fatos novos que não conseguem se encaixar em apenas um dos compartimentos estabelecidos.

A ciência jurídica precisa se renovar diante dos novos riscos que a sociedade produz, porém, essa renovação não requer que o direito se transforme, apenas que mude a visão sobre si. O objetivo dessa renovação é mostrar aos juristas que eles não são obrigados a se limitar a esse aspecto de seu objeto de estudo, visto que há outros lados a se considerar.

Não se propõe extinguir especializações, separações em áreas, mas compreender que é preciso trabalhar com o risco, a incerteza, pois determinar a atividade social através só de leis não é mais suficiente para resolver questões jurídicas atuais, cada vez mais complexas, relacionadas a objetos de diferentes áreas e dotadas das excepcionalidades de um caso individual, concreto e incerto.

A partir dos argumentos que geram consenso, a interpretação judicial busca o sentido que permitirá construir a solução mais adequada ao contexto do conflito mediado. Por meio de sua produção, os julgadores colaboram para a evolução do direito. Tendo em vista que a atuação jurisdicional em casos específicos contribui para aperfeiçoar os costumes e que os costumes também são utilizados como matéria-prima para a produção de decisões, é possível, desse modo, vislumbrar o ciclo: costumes servem de base para decisões que contribuem para a evolução de costumes. Assim (co)laboram os produtores de juízo.

Há juízes que determinam qual lei corresponde a cada caso, dizendo o porquê (reproduzem), e há juízes que interpretam (produzem). Estes últimos cortam o tecido do texto legal do passado segundo os moldes do caso real do presente para costurar o texto decisório do futuro, gerando um produto. O juiz que se limita a repetir mecanicamente o texto legal não produz conhecimento; já o juiz "criativo" tem algo a acrescentar. Cada atividade sua é uma obra. O direito, por ser algo humano, não cessa seu movimento, logo, há que se falar em sua permanente construção. É como se o direito (legal ou judicial) não

"fosse" assim (do modo como o percebemos em um dado instante), mas "estivesse" assim, nunca pronto e acabado.

Uma fórmula fixa não resolve todos os conflitos, pois a sociedade não obedece a um manual de instruções fechado, portanto, o direito não pode se prestar a funcionar como tal: seria como querer usar o mesmo mapa para a orientação nas várias cidades de uma região. A sociedade moderna (altamente complexa) não se encaixa mais na concepção clássica de certeza do direito, pois não se pode ter certeza absoluta. Não é possível e nem seria desejável, visto que engessaria o pensamento jurídico, paralisando o processo evolutivo e acabando com a igualdade por impossibilitar totalmente o convívio entre os diferentes. É preciso aceitar a instabilidade, as variações e mudanças no meio social a fim de preservar a capacidade de criar um direito (sistema) menos artificial e irreal, mais eficiente e humano.

8 Referências bibliográficas

AYALA, Patryck de Araújo. **Direito e incerteza**: a proteção jurídica das futuras gerações no estado de direito ambiental. 2002. 371 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina. Disponível em: <http://www.tede.ufsc.br/teses/PDPC0611-D.pdf>. Acesso em: 03.06.2013.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. São Paulo: 34, 2010.

BENJAMIN, Antonio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da constituição brasileira. *In*: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRANCO, Samuel Murgel. **Ecossistêmica**: uma abordagem integrada dos problemas do meio ambiente. São Paulo: Edgard Blücher, 1989.

BRASIL. Lei n° 6.938, de 31 de agosto de 1981. Institui a Política Nacional do Meio Ambiente. **Diário Oficial da União.** Brasília, DF, 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm>. Acesso em: 10.06.2013.

CANDEMIL, Renata. Mudanças de paradigmas para uma sociedade sustentável: um novo desafio do direito brasileiro. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 17, n. 68, p. 13-45, out.-dez. 2012. ISSN 1413-1439.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado constitucional ecológico e democracia sustentada. *In:* LEITE, José Rubens Morato, *et al.* (Org.). **Estado de direito ambiental**: tendências. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010. p. 31-44.

CHRISTMANN, Luiza Landerdahl. **A gestão compartilhada do risco no licenciamento ambiental do OSX-Estaleiro/SC**: desafios e possibilidades. 2012. 269 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina. Disponível em: <http://www.tede.ufsc.br/teses/PDPC1067-D.pdf>. Acesso em: 03.06.2013.

D'ISEP, Clarissa Ferreira Macedo. **Direito ambiental econômico e a ISO 14000**: análise jurídica do modelo de gestão ambiental e certificação ISO 14001. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FERREIRA, Heline Sivini; FERREIRA, Maria Leonor Paes Cavalcanti. Mudanças climáticas e biocombustíveis: considerações obre a sustentabilidade forte no Estado de direito ambiental. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 15, v. 59, p. 200-229, jul.-set. 2010. ISSN 1413-1439.

KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. 7. ed. São Paulo: Perspectiva, 2003.

LEITE, José Rubens Morato, *et al*. **Repensando o Estado de direito ambiental**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012. Disponível em: <http://funjab.ufsc.br/wp/wp-content/uploads/2012/05/VD_Repensando-Estado-FINAL-25-07-2012.pdf>. Acesso em: 03.06.2013.

_____; BELCHIOR, Germana Parente. O Estado de direito ambiental e a particularidade de uma hermenêutica jurídica. **Sequência**, n. 60, p. 291-318, jul. 2010. ISSN 2177-7055. Disponível em: <http://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2010v31n60p291/15075>. Acesso em: 03.06.2013.

MOREIRA, Lenice Silveira. Ciência jurídica e complexidade: reflexões sobre as mudanças epistemológicas necessárias à compreensão do direito no século XXI. **Revista Eletrônica da FARN**, v. 5, n. 1/2, p. 27-50, 2006. ISSN 1983-0939. Disponível em: <http://www.revistafarn.inf.br/revistafarn/index.php/revistafarn/article/viewFile/2/149>. Acesso em: 13.06.2013.

MORIN, Edgar. **A inteligência da complexidade**. 2. ed. São Paulo: Fundação Peirópolis, 2000.

OST, François. **A natureza à margem da lei**: a ecologia à prova do direito. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito ambiental constitucional**: constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Direito ambiental e sustentabilidade**. Curitiba: Juruá, 2006.

JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: ASPECTOS HISTÓRICOS, CONSTITUCIONAIS E PONDERAÇÃO ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 566.471

Aline Moreira Delfiol[*]

Igor Albuquerque Pontes[**].

Palavras-chave: judicialização; saúde; ativismo; princípios

Resumo: O termo "saúde" passou por várias alterações e/ou significados, ocasionando a atualização nos aspectos técnico-científicos. Com esses fatores, pode-se dizer que o termo atual é recente, pois, em épocas remotas, havia entendimentos de que a saúde era algo relacionado à magia ou mesmo "entidades" exteriores ao organismo do ser humano (Myers e Benson – 1992). Como compreensão do desencadeamento desse processo histórico, o Direito também se voltou aos estudos dos problemas inerentes à saúde, uma vez que a saúde constitui condição de vida plena para o ser humano e, como tal, representa importante valor a ser tutela pela ordem jurídica. Por isso, a nosso ver, o sistema jurídico e suas instituições podem contribuir com as aspirações constitucionais, como o Direito à Saúde. No Brasil, a Constituição de 1988, concretiza em seus artigos 196 a 200 a saúde como um direito social entrelaçado com os fundamentais. Ainda, com a Lei Federal 8.080/1990, buscou-se também a concretização das políticas públicas na promoção de um sistema único de saúde (SUS). Nessa esteira, o presente trabalho promove a reflexão sobre as demandas sociais acerca do Direito à Saúde que ainda não se confirmam de modo eficiente no Brasil, mesmo após a promulgação da CF/88, haja vista que a concretização dos seus artigos ainda é incipiente, ocasionando a judicialização do tema, a qual é um dos focos do trabalho. Outro aspecto doGs estudos versa sobre o significado de judicialização, pois, por vezes, é confundida com o ativismo judicial, os quais embora semelhantes possuem

[*] É acadêmica do sétimo período do curso de Direito da Universidade Federal de Rondônia. http://lattes.cnpq.br/3065266033482635. Artigo científico orientado pela professora Drª Aparecida Luzia Alzira Zuin. http://lattes.cnpq.br/1584841068017210

[**] É acadêmico do sétimo período do curso de Direito da Universidade Federal de Rondônia. http://lattes.cnpq.br/0337347598367308. Artigo científico orientado pela professora Drª Aparecida Luzia Alzira Zuin. http://lattes.cnpq.br/1584841068017210

diferenças pontuais, resumidas na frase do doutrinador Barroso (2009): "Judicialização é fato, ativismo é atitude". A metodologia utilizada para o estudo foi o teórico científico através de artigos e livros, bem como pesquisas com jurisprudência do STF, permitindo a contextualização e o enfrentamento das diferenças entre a teoria e a prática. Para a análise sobre a Judicialização da Saúde será discutido o Recurso Extraordinário nº 566.471 (2012), o qual trata da obrigatoriedade do poder público fornecer, em ações individuais, medicamentos de alto custo. Por fim, embasado nos artigos da CF/1988 e nos documentos jurídicos que buscam o efetivo direito à Saúde, embora ciente das polêmicas intrínsecas ao tema, uma vez que possui concorrência entre princípios, a proposta é analisar como as normas jurídicas têm uma função simbólica, bem ainda o fenômeno da judicialização da saúde no Brasil sempre que tais normais são desrespeitadas mediante a ausência, pelo poder público, de medidas eficazes de assegurar o direito à saúde.

Keyword: legalization ; health; activism; principles

Abstract: The term "health" has undergone several changes and/or meanings, causing the update on technical and scientific aspects. With these factors, it can be said that the current term is recent because, in remote times there were understandings that health was something related to magic or even "entities" external to the human body (Myers and Benson – 1992). As understanding of the triggering of this historical process, the area of law also turned to studies of the problems inherent in health; since it is through this that the human being has full life conditions. However, in our view, the legal system and its institutions can contribute with constitutional aspirations, such as the right to health. In Brazil, the Constitution of 1988 concretized in their articles 196 to 200 health as a social right interlaced with the fundamentals. Still, with the Federal law 8.080/1990 also sought the implementation of public policies in promoting a unified health system (SUS). This line of thought, the present work promotes reflection on the social demands concerning the right to health that is not yet confirm efficiently in Brazil, even after the enactment of the CF/88, since the implementation of its articles is still incipient causing judicialization of the theme, which is one of the focuses of our work. Another aspect of studies focuses on the meaning of judicialization, because sometimes is confused with judicial activism, that although similar have occasional differences, summarized in the phrase of the prominent

indoctrinator Barroso (2009): "Judicialization is fact, activism is attitude". The methodology used for the study was the scientific theoretical through articles and books, as well as research with jurisprudence of the SUPREME COURT, allowing the contextualization and the differences between theory and practice.

For the analysis of Judicialization of Health will be discussed the extraordinary appeal nº 566.471 (2012), which deals with the obligation of the public authorities provide, in individual stocks, high-cost drugs. Finally, based on articles of the CF/1988 and in legal documents seeking the effective right to health, although aware of the controversies intrinsic to the topic, since it has collision between principles, the proposal is to analyze how legal provisions have a symbolic function, in the sense that when they are not respected and the institutions promote the effective exercise of its achievements, This abdication generates judicialization of health as a strategic dispute between the method and the right to health.

1 Introdução

A convivência em sociedade desencadeou diversas relações, várias delas litigiosas. Nesse contexto, foi preciso criar mecanismos que garantissem o bem-estar social, tendo o Direito assumido esse papel quando, através de suas várias ramificações possui como uma de suas funções tutelar os bens jurídicos dos indivíduos, entre eles a vida e a saúde.

Várias são as fontes do Direito, entre elas os princípios, os quais alcançaram um papel mais que fundamental para o Direito, sendo elevados a uma das principais fontes dessa ciência desde o fim da II Guerra Mundial. Esse trabalho apresentará a ponderação existente entre o Direito à saúde *versus* a incapacidade econômica dos entes públicos (reserva do possível) através da análise do Recurso Extraordinário número 566.471 que, até o momento, aguarda julgamento no Supremo Tribunal Federal.

Em um primeiro momento, o texto tratará do direito à saúde, com suas previsões legais, tanto na Constituição Federal quanto nas demais normas infraconstitucionais que tratam do tema. Faz-se necessária essa abordagem para que o leitor compreenda intimamente o papel

fundamental que tem o Estado em proporcionar uma saúde de qualidade que garanta aos indivíduos uma vida digna.

Após essa compreensão, abordar-se-ão as dificuldades que a população enfrenta uma vez que as normas regulamentadoras da saúde possuem um caráter meramente simbólico já que, apesar de existentes, não são efetuadas e efetivadas pelo Poder competente, qual seja, o Poder Executivo.

Nessa esteira, o presente trabalho promove a reflexão sobre as demandas sociais acerca do Direito à Saúde que ainda não se confirmam de modo eficiente no Brasil, mesmo após a promulgação da Constituição Federal, haja vista que a concretização dos seus artigos ainda é incipiente, ocasionando a judicialização da saúde.

Por fim, tendo em vista os aspectos abordados, no último capítulo, será exposto o RE 566.471/RN, que trata a respeito do fornecimento de medicamento de alto custo pelo Estado do Rio Grande do Norte, caso este que aguarda julgamento do Supremo Tribunal Federal e que já fora confirmado como de repercussão geral, no qual alguns princípios constitucionais, bem como direitos e garantias individuais e coletivas, necessitam de ponderação, uma vez que são concorrentes.

2 Direito à Saúde: Aspectos Históricos

A saúde é um termo utilizado há muito tempo e, para muitos, significa nada além do que não possuir doenças, algo que, apesar de concorrer para ser verdade, não está completamente certo.

Aludindo à época do importante filósofo grego Hipócrates, conhecido como “pai da medicina”, o mesmo observara a existência de quatro fluidos, também chamados de humores do corpo humano: bile amarela, bile negra, fleuma e sangue. De acordo com seu entendimento, o indivíduo que possuía maior equilíbrio entre esses quatro elementos era saudável. Para Hipócrates, o homem era uma unidade organizada e a doença era uma desorganização desse estado.

Já em época mais recente, após a I Guerra Mundial, a Sociedade das Nações (SDN), criou seu comitê de higiene, considerada como o embrião da Organização Mundial da Saúde,

com o objetivo de "desenvolver ao máximo possível o nível de saúde de todos os povos". Sendo uma entidade com uma atividade voltada para, também, controlar surto de doenças como a malária, tuberculose, AIDS e outras, traz um conceito ao termo "Saúde" bastante interessante: "O completo bem-estar físico, mental e social e não somente a ausência de doenças ou agravos" (OMS, 1946). Reconhecendo, inclusive, a saúde como um dos direitos fundamentais.

A partir desse conceito introduzido pela OMS, percebe-se a importância da saúde não apenas no bem-estar físico da pessoa, mas também, com a ideia de melhoria social. Ou seja, parte-se do pressuposto de que uma pessoa saudável é aquela capaz de viver com uma qualidade de vida digna e que dê condições para que tenha um trabalho, possa constituir uma família e possa desfrutar de um bem-estar.

Após a destruição humanitária e estrutural causada pela II Guerra Mundial, o mundo vivia um sentimento de horror e ao mesmo tempo de esperança por dias melhores com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, pela ONU, passou-se a principiar pela dignidade da pessoa humana. A saúde foi vista como algo para a comunidade e não apenas para o indivíduo, sem qualquer distinção, como preleciona Lenir Santos:

> A saúde é uma questão complexa, por ser um conceito difuso, por não resultar apenas de fatores biológicos e genéticos, decorrendo também de fatores socioambientais, econômicos e culturais e do estilo de vida a que a pessoa está exposta. Isso tudo tem sérias implicações para a garantia desse direito, por impor deveres morais e jurídicos ao Estado e à sociedade, e pela necessidade de delimitar seu conteúdo em um patamar aceitável, para demarcar as prestações obrigacionais do Estado. (SANTOS, 2010, p. 28).

Nota-se, portanto, que o conceito de saúde evoluiu conforme as descobertas na ciência da saúde, como por exemplo, o transplante de órgãos cada vez mais especializado, a pesquisa com as células-tronco, e, deste modo, não há (e possivelmente não haverá) um conceito imutável para a saúde, uma vez que este é alterado conforme os avanços na ciência, cada vez mais moderna.

2.1 A saúde inserida na Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal de um Estado é considerada o seu registro de nascimento, conferindo ao País a sua real soberania frente às demais nações. São várias as suas

classificações. Em se tratando de Brasil, a Constituição em vigor atualmente é a que fora promulgada em 25 de outubro de 1988, conhecida como "a cidadã".

A verdade é que a Constituição, segundo BARROSO (2005, p.02), em épocas mais remotas era nada mais que um conjunto de declarações políticas sem qualquer força normativa, a qual se baseava apenas em normas positivadas e sem qualquer fundamentação principiológica, cenário este alterado após a II Guerra Mundial, na qual foi se pautado um Estado Democrático de Direito.

Nesse novo cenário os direitos fundamentais, e entre eles está o direito à saúde, assumem um papel pleno, ou seja, de aplicação direta, imediata e integral. A constituição passou a ter não somente supremacia formal, mas também de supremacia material, axiológica, potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade de seus princípios. Para Figueiredo:

> O direito à saúde é positivado como tal, exatamente quarenta anos após a Declaração Universal dos Direitos do Homem e vinte e dois anos após o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, documentos dos quais o Brasil fora um dos signatários, avançando-se finalmente no caminho de um ideário de prestação sanitária, onde a saúde é vista como um direito social a ser provido pelo Estado e reconhecendo-se a determinação social no risco de adoecer e sofrer agravos à saúde. (FIGUEIREDO, 2006, p. 19).

O Direito à Saúde está previsto no art. 6º da CF/88, no capítulo que trata dos "Direitos Sociais" é a redação: "São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.". Observa-se aqui que a saúde é apenas um dos direitos sociais, mas como falar dos demais sem que o cidadão seja saudável para estudar, trabalhar ou mesmo se divertir como traz o texto?

Deste modo, como já explicitado, a Saúde é de fundamental importância para os indivíduos, sendo que, também no texto constitucional, há no Título VIII "Da Ordem Social", na Seção II "Da Saúde", um rol de artigos que trata especificamente desse tema.

Apesar de o texto Constitucional tratar sobre a saúde, o legislador elenca além desses artigos constitucionais, outras normas que tratam especificamente da saúde, das políticas públicas, dos programas sociais que o governo promove e também portarias que o

próprio Ministério da Saúde edita visando obter toda uma positivação sobre o tema e garantir assim que seja cumprido esse preceito básico.

A lei em vigor, atualmente, que dispõe sobre a promoção da saúde e a organização político administrativa dos serviços ofertados pelo governo é a lei nacional - pois regula todas as unidades da federação inclusive o Distrito Federal - 8.080/1990. Logo, no seu art. 2º afirma que: "A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício", imperioso aqui ressaltar que o exercício será pleno e não na medida do possível.

Diante do exposto, constata-se que a Constituição Federal, em seu artigo 6º, em conformidade com o artigo 196, reconhece a saúde como um direito social e ao mesmo tempo, fundamental ao ser humano. Com tal conceito, pode-se concluir que a saúde é indissociável de todos, ea vida, a dignidade e a igualdade são direitos que não podem ser exercidos plenamente sem que o indivíduo tenha acesso às formas de proteção de sua saúde.

Pode-se concluir, portanto, que, em se tratando de normas positivadas, a saúde, é bem disciplinada, uma vez que é tratada na Constituição Federal, na legislação ordinária e complementar e em portarias editadas constantemente. O problema principal tratado nos tribunais refere-se à ineficiência do Estado, das Unidades da Federação e dos municípios que, apesar de possuírem o "dever", não conseguem atender a todos que necessitam de uma saúde básica, promovendo assim a judicialização do tema que será abordado mais à frente.

2.2 Legislação Infraconstitucional: Lei do SUS – Lei 8.080/90

Ao tratar do tema saúde pública, instintivamente, tem-se em mente o SUS - Sistema Único de Saúde, o qual é conceituado pelo artigo 4º da lei federal 8.080 como sendo "O conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público."

A implementação desse programa nacional iniciou-se na década de 90, após as edição das leis federais que tratam da saúde, quais sejam: Lei 8.080 e 8.142 de 1990, as duas promulgadas pelo então Presidente Fernando Collor de Melo.Obviamente que o

sistema encontrou diversas dificuldades para que fosse implementado, entre elas: alto grau de exclusão e heterogeneidade (que não é plenamente resolvido por programas sociais) e às desordens entre diligências financeiras sociais e institucionais para construir sistemas de políticas sociais em confronto com as restrições impostas pela estrutura socioeconômica dessas sociedades.

Outro problema estrutural foi: "Um grupo de problemas de ordem institucional e organizacional, representado pelas características predominantes desses sistemas: centralização excessiva, fragmentação institucional, frágil capacidade regulatória e fraca tradição da sociedade". (BRASIL, 2006, p. 47).

Analisando esses problemas estruturais, Rogério Montai Lima ponderou que, até a década de 1980, o sistema de saúde no Brasil era caracterizado pela dictomia entre as ações de saúde pública, e a atenção médica individualizada, sendo esta destinada aos cidadãos que possuíam vínculos formais de trabalho. Tal dicotomia era um reflexo da dualidade da gestão da saúde entre o Ministério da Saúde e o Ministério da Previdência e Assistência Social, uma vez que o primeiro possuía ênfase no combate a endemias e epidemias, e o último era responsável pela prestação de assistência à saúde. (LIMA, 2010, p. 35).

Logo, no art. 2º da lei 8.080/1990, afirma-se que a saúde é um direito fundamental, reafirmando a tese de que saúde é parelha à dignidade da pessoa humana.

Por meio de uma interpretação sistemática do texto positivado, infere-se que as normas são muito bem redigidas, contudo, o foco principal desse trabalho é demonstrar o total descaso por parte dos poderes competentes com os indivíduos, obrigando estes a recorrerem ao judiciário para serem atendidos em algo que, de acordo com a Constituição Federal, é direito.

Sobre a competência, uma cartilha publicada em 2007 pelo Ministério da Saúde trouxe várias explicações voltadas à população. Uma das perguntas respondidas era concernente a existência de alguma forma de hierarquização no SUS entre as Unidades da Federação, a resposta fora negativa, não havendo qualquer hierarquia entre os entes, o que ocorre na realidade é a chamada pactuaçãointergestores, ou seja, são os acordos sobre ações, serviços, organização do atendimento e outras relações que os entes pactuam (BRASIL, 2007, p. 9).

Prosseguindo a análise, os artigos quinze a dezoito da referida lei tratam das competências comuns, nacional, estadual e municipal. Entre as competências comuns as principais são: definição das instâncias e mecanismos de controle, avaliação e de fiscalização das ações e serviços de saúde; administração dos recursos orçamentários e financeiros destinados, em cada ano, à saúde; elaboração de normas técnicas e estabelecimento de padrões de qualidade e parâmetros de custos que caracterizam a assistência à saúde.

A partir desses parâmetros, vê-se que há diferentes fontes orçamentárias para o desenvolvimento das políticas públicas de saúde. A União é o principal financiador da saúde pública no país, e esta formula políticas nacionais, porém a implementação é feita por seus parceiros (Estados, Municípios, ONGs e iniciativa privada).

O governo tem a finalidade de implementar políticas nacionais e estaduais, além de organizar o atendimento à saúde em seu território. Já o município através da saúde básica é a porta de entrada para o indivíduo nos centros de saúde, postos de saúde e unidades saúde da família.

Por fim, após a análise sobre legislação infraconstitucional, é de passível entendimento que as normas - que contenham desde a conceituação dos termos da saúde, SUS, serviços prestados até os objetivos, competências, divisão orçamentária, entre outros - estão muito bem orientadas, agora se faz necessária uma análise para entender a má organização por parte dos entes e a necessidade dos cidadãos de ingressarem no poder judiciário para garantir o seu direito fundamental.

3 Judicialização da Saúde

A judicialização da saúde, como já mencionado anteriormente, pode ser compreendida como a intervenção do Judiciário nos direitos sociais e, neste caso, mais especificamente, no direito à saúde, através do processo de efetivação e ampliação da democracia por meio da Constituição Federal de 1988.

De modo simplório, é caracterizada pela retirada do Judiciário da sua inércia (provocação) por particulares para atender a demanda, ou seja, quando se materializa a atuação com o

objetivo de efetivar uma assistência ou garantia negligenciada pelos demais poderes, transferindo, pois, parte do poder político para o Judiciário.

> O termo 'judicialização' ganhou corpo a partir da publicação do trabalho dos norte-americanos Tate e Vallinder, que judicialização envolve essencialmente tomar algo sob a forma do processo jurídico, tanto em termos de transferência das decisões sobre direitos da legislatura, do gabinete, do serviço civil para as cortes, como em termos da disseminação dos métodos e decisões judiciais para além da esfera judicial propriamente dita. (MACHADO, 2009, p. 81)

Sob o mesmo prisma é definido como:

> Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral. (BARROSO, 2008)

Porém vale ressaltar que o termo judicialização possui diversas interpretações. Nesse sentido, em conformidade com o prisma político legislativo, pode ainda ser tipificado como a utilização de mecanismos tipicamente judiciais na arena da deliberação política (ARAÚJO, 2011). Entretanto, neste caso, a interpretação da judicialização como uma atuação que busca efetivar as assistências que foram negligenciadas pelas demais funções estatais será a mais adequada.

3.1 Judicialização da Saúde no Brasil: Alguns apontamentos relevantes no tocante ao aspecto histórico

O fenômeno da judicialização, no Brasil, foi possível somente em épocas mais atuais, mais precisamente em 1996, com o advento da lei infraconstitucional n. 9.313/96, que garante a distribuição gratuita e universal de anti-retrovirais, tendo em vista que estes eram de difícil acesso e alto custo.

Antes desse período, o artigo 196 da magna carta era considerado como uma norma de eficácia limitada de princípio programático, que como bem explicado por José Afonso da Silva:

> Aquelas normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumprido pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado. (SILVA, 2001, p. 138).

Ou seja, era não apta a produzir efeitos jurídicos, necessitando, portanto, da interferência do Estado sob o viés positivo e prestacional, através da obrigação de fazer, para atingir o bem comum por meio de propagação e aplicação de programas sociais.

A partir de 1997, com a aplicação efetiva da lei 9313/96 por meio da estruturação do Programa Nacional de DST/AIDS, o referido artigo da constituição passou a possuir (para parte minoritária da doutrina) aplicação direta imediata e integral, sendo, pois, considerada como uma norma de eficácia plena e, deste modo,como bem explicado pelo doutrinador José Afonso da Silva, tem a possibilidade de gerar todos os efeitos que o legislador quis de forma direta regular. Ainda sobre este aspecto, imperioso finalizar com o seguinte destaque "as funções estatais constitucionalmente previstas passaram a também ser reconhecidas como normas jurídicas aptas a provocar efeitos concretos". (MÂNICA, 2012. p, 23).

3.2 Possíveis (e sucintas) justificativas para a ocorrência da Judicialização da Saúde

Com a eficácia plena do tão citado artigo 196, a judicialização fora justificada também pelo artigo quinto da Constituição Federal, o qual define que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". Tendo em vista que muitas vezes o direito a saúde não é bem disciplinado e orquestrado pelo Poder Executivo e, por isso, ameaça o direito à vida, a judicialização se metamorfoseia como uma maneira do cidadão ter o seu direito tutelado.

Além dos dispositivos constitucionais, há ainda outra via de justificação desta judicialização, como pode ser observado através do viés principiológico. Neste prisma o princípio da dignidade da pessoa humana disciplinado no artigo 1º, III, CF (o qual é fundamento da Republica Federativa do Brasil), impõe um dever prestações positivas (entre elas a tutela do Direito a saúde) com a finalidade de efetivar e proteger a pessoa

humana. Como dito anteriormente, essa prestação visa atingir o bem comum e também atender aos fins sociais do Estado.

Outro fator preponderante é que, uma vez provocado e retirado da sua inércia, o judiciário necessita pronunciar seu entendimento para o caso – e não somente dizer a lei, para garantir efetividade ao texto constitucional e infraconstitucional, principalmente no tocante aos direitos e garantias fundamentais consagrados como cláusulas pétreas do texto constitucional.

A judicialização caracterizada como fato, matéria abordada pelo doutrinador Luís Roberto Barroso, possuiria três causas, sendo elas: a redemocratização do país, que levou as pessoas a procurarem mais o Judiciário; a constitucionalização, que fez com que a Constituição de 1988 tratasse de inúmeros assuntos; e o sistema de controle de constitucionalidade (BARROSO, 2009).

Especificamente a judicialização da saúde, algumas cláusulas gerais se encontram interligadas e, como tais, necessitam de uma interpretação, sendo elas o princípio da dignidade humana, direito à vida, e o direito à saúde. Por possuírem sentidos múltiplos, podem, por ventura, entrar em colisão necessitando que a Suprema Corte analise-as para descobrir qual das cláusulas irá prevalecer no caso concreto, já que esta Corte Suprema "em matéria jurídica o STF é a última voz no Brasil" (LIMA, 2010).

Importante é a ressalva de que há outro argumento de fundamental importância citado por Patrícia Santos Araújo, (ARAÚJO, 2011, p. 62) sobre a teoria de Luciana Melquíades Duarte, no tocante ao entendimento de que as promessas que não foram cumpridas pelo Estado Social contribuíram para a judicialização de diversos temas, configurando a intervenção judicial como uma única esperança de realização dos valores propostos pelo Estado Social e pela democracia.

Luís Roberto Barroso implementa que alguns aspectos relevantes devem ser observados, com o objetivo de evitar-se uma judicialização excessiva, ou seja, uma interferência completamente desnecessária, pois quando houver lei ou atos administrativos e estes não forem cumpridos, somente nestes casos a atuação judicial seria válida, caso houver lei e atos, e, estes sejam regularmente aplicados, a interferência judicial não deverá ocorrer com base na autocontenção. (BARROSO, 2009, p.104).

Tendo em vista essas argumentações, por óbvio, pode-se aferir que a judicialização da saúde, além de legitima, é também um modo de garantir a tutela de direitos aos cidadãos.

3.3 Diferenças entre judicialização e ativismo

Os estudiosos da ciência jurídica, por vezes, confundem os termos ativismo judicial e judicialização. Apesar de semelhantes, possuem diferenças pontuais que distinguem a essência de ambos, as quais serão tratadas a seguir.

Ativismo judicial pode ser definido como uma inovação pelo Poder Judiciário no ordenamento jurídico como consequência da negligencia, insuficiência ou, até mesmo inexistência da lei para o caso em questão. Em linhas gerais, seria uma inovação no Direito, através do papel criativo dos tribunais, ocasionado pelo Poder Judiciário. Porém esse ativismo não significa uma livre interpretação tendente à arbitrariedade, e sim uma interpretação baseada no momento social, bem como nas atuais situações e alterações sócio-econômicas, visando, pois, "extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, inclusive e especialmente construindo regras especificas de conduta a partir de enunciados vagos" (BARROSO, 2011, p.365).

É interessante ressaltar a crítica no tocante a justificativa do ativismo pela Suprema Corte uma vez que é atribuída a esta uma atuação eficaz, porém, em contrapartida demonstra o Congresso Nacional como uma figura inerte e omissa (MIRAELLY; LIMA, 2012.).

De fato, o ativismo judicial busca - como dito outrora - concretizar a Constituição. Diferente da visão míope e distorcida que define o ativismo como uma interferência negativa do Judiciário no Poder Legislativo, materializado pela criação de uma norma nova não contemplada na lei ou na Constituição. Ou seja, observa-se uma inércia no Poder Legislativo que, por consequência, acarreta o ativismo judicial para efetivar os direitos e garantias constitucionais fundamentais.

Com base nesses argumentos, percebe-se claramente a distinção entre judicialização e ativismo. Melhor metáfora é exposta por Marina Ito, divulgando a frase do

doutrinador Luís Roberto Barroso, no título de seu artigo: "Judicialização é fato, ativismo é atitude"(BARROSO, 2009).

Ou seja, o ativismo é a atuação do Judiciário quando o Poder Legislativo é negligente, omisso e inoperante, atuação esta baseada na efetivação de direitos e garantias fundamentais. Por outro lado, a judicialização, também caracterizada pela omissão dos poderes legislativo e executivo, seria a transferência do poder político (destes poderes que se encontram inertes) para o Poder Judiciário, que, ao ser provocado para tanto, realiza função a qual não lhe é típica.

Analisados os aspectos principais conceituais da judicialização, bem como sua relevância histórica no Brasil e a diferença entre ativismo, tem-se base para discutir questão polêmica que aguarda julgamento no Supremo sobre o fornecimento de medicamento de alto custo.

4 Uma análise ao Recurso Extraordinário nº 566.471/RN referente à judicialização da saúde e a ponderação de princípios neles existentes

Em um primeiro momento é importante demonstrar que não há como negar a interferência hodierna do STF na linha tênue entre política e justiça, interferindo evidentemente, na vida social, ou, como diria o filósofo alemão Hegel, na sociedade civil. Tendo em vista esta interferência do Judiciário na sociedade, observa-se queo Judiciário deixou de ser um departamento técnico-especializado e se transformou em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com os outros Poderes (BARROSO, 2009, p. 112).

De fato, como bem fora citado por Barroso, o Judiciário, hodiernamente, depara com recursos os quais confrontam com a ineficácia da aplicação de políticas públicas ou ainda, na resolução de problemas sociais basilares, os quais, os demais poderes, não são capazes de solucionar ou prevenir, provocando, portanto, a judicialização de diversos temas entre eles o da saúde.

No recurso extraordinário, é discutida a possibilidade de fornecimento gratuito de medicamento de alto custo em ações individuais. Conforme sabido e é concebido, a

Constituição Federal, bem como a legislação extravagante regulamentam o tema e trazem a determinação para que o Poder Executivo cumpra, ressalte-se, o pleno exercício ao Direito à Saúde. No entanto, a realidade não condiz com a letra da lei.

Com esse sentir, o Poder Executivo, seja na esfera federal, estadual ou municipal alega, em síntese, que as finanças públicas não são suficientes para arcar com todas as políticas públicas bem como com as ações individuais. Ocorre que tais ações individuais são apenas e tão somente meras consequências da ineficácia de políticas públicas adotadas.

A síntese fática do RE n. 566.471/RN dispõe que Carmelita Anunciada de Souza em 2006 ingressou com uma ação em face do Estado do Rio Grande do Norte, requerendo o fornecimento de medicamento para a sua doença, qual seja, miocardiopatia isquêmica e hipertensão arterial pulmonar, a qual pode cominar em um infarto fulminante caso não seja tratada com o medicamento específico. A ação foi julgada procedente no primeiro grau e foi mantida no segundo grau. Irresignado, em 2007, o Estado do Rio Grande do Norte apresentou o Recurso Extraordinário ao qual foi concedida a repercussão geral. No recurso, o Estado alegou que não possui orçamento para fornecer este medicamento baseando-se, entre outras teses, no princípio da reserva do possível.

A autora, Carmelita Anunciada de Souza, alegou, em síntese, que o direito à saúde é um direito fundamental e social, que possui previsão constitucional e, deste modo, deve ser efetivado pelo poder público. Ademais, caso o medicamento não for mais fornecido devido reforma da decisão pelo STF, os princípios fundamentais e da administração pública, como o da dignidade da pessoa humana e o direito e respeito à vida serão feridos. Embasou sua pretensão também na lei 8080/90, que trata sobre o serviço de saúde no Brasil, e afirma que o Estado necessita prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício. Sendo que esta lei possui fundamento constitucional previsto no art. 196 da Constituição. Estas, portanto, são as teses principais da autora.

Por outro lado, o Estado do Rio Grande do Norte, apresenta seu posicionamento, afirmando que de acordo com o princípio da reserva do possível, o Estado não possui condições financeiras de arcar com a demanda. Afirmou, ainda, que, caso seja mantida a decisão do TJRN, esta será desproporcional, ferindo o princípio da razoabilidade e proporcionalidade, uma vez que o Estado irá gastar muito ao fornecer medicamento em uma ação individual, deixando de destinar verbas para políticas públicas que atenderiam

um número maior de pessoas. Afirma ainda que o medicamento apenas irá prolongar a vida da autora e não irá curá-la.

Além disso, alega que a manutenção da sentença gerou e gerará um efeito multiplicador, uma vez que servirá como precedente para outras ações individuais. Inclusive explicou em sua petição que o melhor exemplo para a presente lide seria "descobrir um santo para cobrir outro", uma vez que a verba orçamentária é finita e o estado tem que custear diversos outros ramos.

Por fim, sinalizou que a Constituição garante o direito à saúde, e não direito ao medicamento, e este direito à saúde seria dado por meio de políticas públicas e estas seriam definidas pelo poder público, e não pelo judiciário, com o objetivo de alcançarem diversas pessoas e não um público individualizado, e que não há um único dispositivo constitucional obrigando o fornecimento de medicamento, e sim de promoção à saúde.

A principal concorrênciapara a aplicação de princípios ocorre entre o principio da reserva do possível e o princípio da legalidade, uma vez que autora possui seu direito resguardado e previsto não só na Constituição Federal, mas também em legislação específica, no entanto, não é efetivado, ou seja, demonstrando a função simbólica e alegórica da norma jurídica.

4.1 As teorias de Alexy e Dworkin e sua melhor aplicação para a ponderação dos princípios presentes no RE 566.471/RN

Na vertente apresentada pela problemática deste artigo há a ponderação pelo gasto racional, através da proporcionalidade orçamentária e na mais famosa "reserva do possível" em face do princípio da dignidade humana e do princípio da legalidade, uma vez que a tutela jurisdicional pleiteada pela autora, ora recorrida, está prevista na Constituição e aprimorada por leis específicas.

Sobre a ponderação de (ou entre) princípios, dois doutrinadores se destacam, sendo eles Ronald Dworkin e Robert Alexy. Em um primeiro momento, aparentam dividir a mesma concepção entre suas teorias acerca da aplicação dos princípios jurídicos, no

entanto (e aqui buscar-se-á demonstrar isso) por meio de uma visão mais atenta, observa-se que os dois autores possuem conjecturas distintas de seus respectivos marcos teóricos.

É válido iniciar tal discussão demonstrando que Alexy teoriza e chega a conclusões a partir de um ensaio de autoria de Dworkin e, mesmo assim, está claro que são conclusões distintas. Apesar de partirem de um mesmo ideal, os autores projetam resultados diferentes.

A diferença tônica é referente às diferenças (ou não) entre regras e princípios. Dworkin em momento algum de seu estudo diferencia regra e princípio no que diz respeito a sua estrutura de aplicação ou características morfológicas – aqui se entende por estudo das formas das palavras em si. O pensamento do teórico norte-americano é de que a distinção entre regra e princípio pauta-se no pressuposto lógico argumentativo. Ou seja, baseia a construção pragmática de cada instituto com a finalidade de demonstrar a diferença entre norma e princípio.

Importante destacar o entendimento referente à "diretriz política" no contexto seguido. Enquanto um princípio busca a concretização de um direito, a diretriz política apresenta um objetivo a ser seguido e que geralmente se relaciona a algum aspecto econômico, político ou social da sociedade, essa diretriz política na visão de Bernardo Gonçalves Fernandes é que materializa o sentido e aplicação que Alexy busca conferir aos princípios. (FERNANDES, 2014).

A diretriz política pode ser sobrepesada e utilizada em diversas situações, enquanto o princípio seria algo mais brusco, podendo até mesmo ser considerado um trunfo e pesando ainda mais que as diretrizes. Ou seja, verifica-se que seria um último recurso a ser utilizado na busca pela concretização de algum direito. Vale ressaltar que apenas o poder legiferante pode estabelecer definições para aplicação dessas diretrizes, ao judiciário cabe apenas à aplicação das normas e princípios.

Para Dworkin, as normas jurídicas são aplicadas no modo "tudo ou nada", ou seja, através da possibilidade da adequação de aplicação do cumprimento da regra, caso a regra não seja adequada, esta não poderá ser utilizada. Não há meio termo de suas aplicações, no entanto os princípios, no momento de sua aplicação, são ponderados de acordo com cada caso em questão para se dirimir qual será aplicado. Dworkin, nesse sentido, afirma que se deve ponderar "sobre princípios" e não "os princípios" assim sendo, se ocorresse algum

conflito latente, este seria resolvido por meio de uma análise, observando os costumes da sociedade frente sua história jurídica.

No entendimento de Dworkin, cada caso concreto é único e não repetível e, deste modo, os princípios devem ser utilizados com o objetivo de construir um esquema de convivência coerente. Ou seja, na teoria de Dworkin não há contradição entre princípios como há para Alexy, o que há é uma concorrência entre estes para determinados casos.
Diante do exposto, entende-se como adequado utilizar a ponderação de princípios através da teoria apresentada pelo doutrinador Ronald Dworkin.

Deste modo, de acordo com a teoria adotada, qual seja, àquela proposta por Dworkin, e nas palavras de Ferandes, o juiz deve agir como um romancista que está a escrever um conto coletivo e este deve manter conexão com o que já fora escrito e deixar em aberto o que ainda será. Ou seja, caberá ao juiz averiguar na melhor prática social e na sua boa aceitação pela comunidade, o método para proferir sua decisão, uma vez que cada decisão é um marco histórico escrito na história jurídica da sociedade e cada escolha feita deve demonstrar sua melhor concepção do problema tratado.

Não há que se falar como diria Alexy que o resultado final de um conflito entre princípios teria solução discursivamente aceitável. Pelo contrário, em cada embate proposto que conflitem princípios teremos uma só resposta e uma única possibilidade de se agir corretamente.

Após exposta a lide presente no RE 566.471/RN bem como a apresentação da teoria adotada para a ponderação de princípios e normas que estão concorrentes avancemos com a ponderação dos princípios e normas presentes na lide do RE 566.471/RN.

4.2 Ponderação entre princípios e regras presentes no RE 566.471

A tese principal exposta pelo Estado do Rio Grande do Norte, exposta na peça recursal, tem como pilar o princípio da reserva do possível dada a afirmação de que o valor despendido para o custeio do medicamento na ação individual irá mitigar as prestações de serviços que seriam realizadas com o mesmo valor e atingiriam centena de cidadãos.

Como tese subsidiária, o Estado do Rio Grande do Norte, doravante denominado recorrente, afirma em sua peça recursal que o direito à saúde não é um direito fundamental já que não está elencado no rol do artigo 5º da Constituição, e deste modo, seria apenas e tão somente um direito social.

Entretanto é imperioso demonstrar que a tese subsidiária do recorrente não merece prosperar, pois no âmbito do direito constitucional positivo nacional, todos os direitos explícitos ou implícitos são direitos fundamentais. Ou seja, não estão limitados ao rol do famoso artigo quinto da Constituição Federal.

Conforme já exposto, o direito da recorrida está regulamentado tanto na Constituição Federal, quanto em legislação específica. Deste modo, o direito pleiteado através da esfera judicial já possui amplo amparo legal, faltando-lhe apenas a efetivação deste pelo poder público, motivo o qual impulsionou a recorrida a pleiteá-lo perante o Judiciário. Exposta tal situação observa-se que a recorrida está amparada pelo princípio da legalidade e pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

Quanto ao princípio da dignidade da pessoa humana é imperioso ressaltar que este não é, e nem pode ser, banalizado uma vez que é um verdadeiro núcleo da Constituição Federal, e, além disso, é também, um valor fundamental a respeito da existência humana o que assegura o direito de viver plenamente, e não de simplesmente garantir a sobrevivência (FILHO, GAGLIANO, 2010,p. 65).

Deste modo, o princípio da dignidade humana é indispensável para a ponderação e reflexão da lide presente no RE 566.471/RN uma vez que a ausência de medicamento para o tratamento da doença sentida pela recorrida fere diretamente o seu direito e a possibilidade de viver plenamente, o que evidencia e justifica a utilização de tal princípio.

Observa-se, portanto, que os ministros deverão possuir uma maior e melhor reflexão sobre os princípios da legalidade, da dignidade da pessoa humana e da reserva do possível, sem a exclusão de outros, uma vez que aqueles concorrem para a solução da lide apresentada através do RE 566.471, e, deverão ainda possuir como parâmetro o que já fora decidido bem como a visão da sociedade sobre o tema.

Referente ao que já fora decidido, na ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental) 45, julgada em 2004, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a Administração Pública apenas poderá ter como base o princípio da reserva do possível para

justificar suas omissões nas prestações de serviços dedicados à promoção, proteção e recuperação da saúde, quando for comprovada a impossibilidade fática ou jurídica, desde que, por óbvio, esteja devidamente comprovada.

É necessário destacar que tal princípio, qual seja, o da reserva do possível, somente poderá ser utilizado quando obedecer a dois critérios imprescindíveis, sendo eles: a impossibilidade fática ou jurídica e a comprovação das alegações. Nesse sentir, não pode a Administração Pública apenas ventilar argumentos utilizando o princípio da reserva do possível, e sim, será necessária a comprovação da devida impossibilidade, uma vez que, caso assim não ocorra, irá ferir e mitigar um direito fundamental, qual seja, o da saúde.

Assim sendo, observa-se que a problemática questão de fornecer medicamento de alto custo para paciente necessitado em ação individual é algo que sobrepõe a visão simplista de que “muito se irá gastar”, ou seja, da visão proposta pelo princípio da reserva do possível.

Deste modo, como é cediço, o TJRN manteve a liminar proposta em primeiro grau e o estado do Rio Grande do Norte fora obrigado a fornecer o medicamento, e assim o fez. Ou seja, não foi demonstrada a impossibilidade de suprir tal necessidade diante de uma imposição judicial, e assim sendo, o argumento referente ao princípio da reserva do possível não merece prosperar uma vez que fora comprovada a possibilidade da Administração Pública suprir a necessidade do particular, o que afasta a aplicação do princípio da reserva do possível.

Nesse sentir os princípios que serão adequados para a resolução da lide presente no RE 566.471/RN, serão os princípios da dignidade da pessoa humana e o princípio da legalidade, e, portanto, uma vez que o argumento fundado na manutenção ou mesmo “preservação” do orçamento público, proposta pelo Estado do Rio Grande do Norte através da aplicação e ponderação sobre o princípio da reserva do possível seria inadequada para o caso apresentado no RE 566.471/RN.

5 Considerações finais

Ante a complexidade da judicialização da saúde utilizada como o litígio estratégico entre o direito e a efetivação à saúde, exposta no RE 566.471/RN é inevitável a concorrência de princípios e regras a serem aplicáveis neste caso concreto. No entanto, mesmo diante de tal complexidade, conforme demonstrado nesse estudo é necessário ponderar sobre os princípios apresentados para averiguar e utilizar aquele que seja mais adequado, ademais, deve-se ter como parâmetro o que já fora decidido, permitindo, porém, espaço para o que ainda virá a ser decidido.

Nesse sentido, confirma-se o caráter alegórico ou até mesmo mistificador das normas jurídicas referentes ao direito à saúde, uma vez que, diante da inexistência de recursos necessários para promover e efetivar o que o direito tutelou através de regras e princípios, a judicialização do tema surge como uma medida de efetivação da tutela jurídica.

A análise do RE 566.471/RN demonstrou que os princípios concorrentes para a solução da lide serão os princípios da reserva do possível, da legalidade e da dignidade da pessoa humana, sendo este último considerado como o verdadeiro núcleo axiológico da Constituição Federal.

Embora ciente da polêmica que o tema possui, compreendemos quehá a prevalência pelo desprovimento do RE 566.471/RN, no sentido de permanecer a tutela de manutenção de medicamentos. Sendo o princípio da dignidade da pessoa humana o verdadeiro pilar basilar, bem como o princípio da legalidade ,haja vista que os direitos à saúde e ao medicamento estão tutelados por lei, e por fim, o entendimento prévio do Supremo Tribunal Federal, segundos o qual afirma que o princípio da reserva do possível somente poderá ser utilizado nos casos em que a impossibilidade da prestação de determinada atividade esteja comprovada.

Em nosso sentir, a judicialização da saúde é um tema delicado haja vista a sua ligação intrínseca ao direito à vida e ao princípio da dignidade humana. Por óbvio, a judicialização excessiva não é adequada, no entanto, por vezes é demonstrada como a última (e esperançosa) medida de ter a tutela e a efetividade de um direito, o qual muitas vezes é esquecido ou ignorado pelo poder competente.

6 Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. São Paulo/SP. Editora Landy, 2001.

ARAÚJO, Patrícia Santos. **O direito à saúde e a sua garantia pelo judiciário e o crescimento da demanda de fornecimento de medicamentos através da intervenção do TJ/RO no período de dezembro de 2005 a setembro de 2011**. Trabalho de Conclusão de Curso. 88 pag. Biblioteca Prof. Roberto Duarte Pires. Porto Velho – RO, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, Fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial.** Porto Alegre/RS. Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul. Vol. 9 n. 24. 2009.

_____. **Judicialização, Ativismo e Legitimidade Democrática**. Revista Consultor Jurídico. 2008. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2008-dez22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica?pagina=2 Último acesso em: 30 mar. 2014.

_____. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito.** Revista Jus Navegandi, ano 10, n.851. 2005. Teresina/PI. Disponível em: http://jus.com.br/artigos/7547. Último acesso em 15 jul. 2015.

_____. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. São Paulo/SP. Editora Saraiva. 2011.

BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Entendendo o SUS**. Brasília – DF: Ministério da Saúde, 2007. Disponível em: <http://portalsaude.saude.gov.br/images/pdf/2013/agosto/28/cartilha-entendendo-o-sus-2007.pdf> Último acesso em 28 mar. 2014.

_____. MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Saúde no Brasil – Contribuições para a agenda de prioridade de pesquisa**. 2ª Ed. Brasilia – DF: Ministério da Saúde, 2006.

_____. **Constituição Federal do Brasil.** 16ª ed. São Paulo: Saraiva: 2013.

_____. **Lei: 8.080/1990 –Legislação Complementar.** 16ª ed. São Paulo: Saraiva: 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADPF n. o 45**, Rel. Min. Celso de Mello, julg. 29 abr. 2004.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** Tradução e notas Nelson Boeira. São Paulo: Martins, 2002.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 6ªEd. Salvador: Juspodivm, 2014.

FIGUEIREDO, Heberth Costa. **A saúde como direito fundamental: Abordagem contextualizada no estado democrático de Direito**. 2006, 185p. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional). Fundação Edson Queiroz – Universidade De Fortaleza – UNIFOR. Fortaleza – CE, 2006.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil, volume 6: Direito de família – As famílias em perspectiva constitucional.** 2ª Ed. Ver., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

MACHADO, Felipe Rangel de Souza. **Contribuições ao debate da judicializaçãoda saúde no Brasil.** Revisa de Direito Sanitário. V. 9, n. 2. p.81 2009.

MÂNICA, Fernando Borges. **Saúde: Um direito fundamental social individual**. Revista Brasileira de Direito da Saúde. v. 1. (jul./dez. 2011). Brasília/ DF 2012.

MIARELLI, Mayra Marinho. LIMA, Rogério Montai de. **Ativismo judicial e a efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012.

ITO, Marina. **"Judicialização é fato, ativismo é atitude".** 2009. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2009-mai-17/judicializacao-fato-ativismo-atitude-constitucionalista. Ultimo acesso em: 01/04/2014

OMS, Organização Mundial da Saúde. **Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO)** – 1946. USP. Disponível em: < http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organização-Mundial-da-Saúde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>Acesso em: 20/05/2014

ORDACGY, André da Silva. **A Tutela de Saúde como um Direito Fundamental do Cidadão.** Disponível em: < http://www.dpu.gov.br/pdf/artigos/artigo_saude_andre.pdf > Acessado em 30/03/2014.

RABELO, Camila Carvalho. **Direito Fundamental à Saúde. Disponível em: <**http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=6567> Acessado em 30/03/2014.

SANTOS, Lenir**. Direito à saúde no Brasil**. Campinas – SP: Saberes, 2010.

SARLET, Ingo Wolfang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 12ª Ed. Rec. Amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2015

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 11ª Ed. rev. Atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2012

_____. **Os direitos sociais como Direitos Fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988.**Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude&pagina=Artigos Último acesso em: 15/12/2014.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 5ªEd. São Paulo: Editora Malheiros, 2001.

JÚPITER, HÉRCULES E HADES: CONCEITOS DE DIREITO

Gislaine de Paula[*]

Palavras-chave: normativismo; interpretação e argumentação jurídica; decisionismo

Resumo: Não é de hoje que a Teoria do Direito busca definir o que é o direito. Que se trata de um fenômeno humano, não há a menor dúvida. Mas, seria o direito a norma posta por autoridade competente no âmbito do Estado? Ou podemos compreendê-lo como a arte de interpretar as leis, argumentar e/ou convencer nossos interlocutores de que nossa opinião é a melhor ou mais justa? Ou será que direito é força; força daquele que pode decidir sobre o "justo e o injusto", melhor dizendo, daquele que tem o poder de decisão sobre a vida (e morte) dos homens? No presente trabalho, faremos um aporte das principais concepções de direito do século XX, partindo do pressuposto de que, grosso modo, três concepções de direito se desenvolveram dentro deste recorte temporal: o direito entendido como norma, o direito compreendido como interpretação e o direito como decisão. Nossa metodologia é a pesquisa bibliográfica. Neste sentido, tomamos como uma das bases de nossas asserções um texto escrito pelo filósofo do direito, François Ost, em 1993, em que o autor disserta sobre três modelos de juiz, são eles Júpiter, Hércules e Hermes, cada um deles representa um modo de compreender o direito. Não obstante, pensamos que talvez seja possível adicionar outro personagem mitológico à lista de Ost: Hades, senhor do mundo das sombras e dos mortos. Na obscuridade dos labirínticos códigos normativos, Hades tem espaço para reinar absoluto, como aquele que possui a pura força de lei sem lei, como Agamben diria. Estaríamos nós, juristas, caminhando alegremente rumo ao reino de Hades?

Keywords: normativism; interpretation and legal reasoning; decisionismo

Abstract: It has been a long time since the Theory of Law intends to define what Law is. It is a human phenomenon; there is no doubt about that. However, would Law be the norm created by a competent authority on State? Or could we understand it as the art of interpreting norms as well as reasoning with and/or convincing our interlocutors that our opinion is the best one or the fairest? Or else, would Law be force; strength from the one(s) who has the power to decide about what is "fair and unfair"; to put it bluntly, strength from the one who has the decision power over life (and death) of all men? This article explains briefly the main Law conceptions from the XX century, roughly presupposing that three Law conceptions were developed between this timeframe: Law understood as norm, Law comprehended as interpretation and Law as decision. Our methodology is bibliographic research. Therein, a text written by the Law Philosopher, François Ost, in 1993 – in which the author disserts about three judges models, Jupiter, Hercules and Hermes, each one representing one way to comprehend Law – is taken as our assertions basis. Nevertheless, we think that it may be possible to add another mythological character to Ost's list: Hades, Lord of the dead and the world of shadows. Inside the obscurity of the maze-like normative codes, Hades has space to reign absolute, as the one who possesses the pure law force without law, as Agamben would say. Would we, jurists, be walking cheerfully towards the reign of Hades?

[*] Doutoranda em Direito PPGD-UFSC. Link para currículo *lattes* http://lattes.cnpq.br/4190286935462568

1 Introdução

Este trabalho parte de um artigo de François Ost, intitulado *Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez*, publicado pela revista Doxa em 1993. Cada uma destas personagens da mitologia greco-romana representa um modelo de juiz e, consequentemente, uma concepção de direito. Júpiter, ou Zeus, é relacionado ao normativismo jurídico; Hércules, o semideus, representa o direito como interpretação aos moldes dworkianos; e, finalmente, Hermes, o mensageiro dos deuses, aquele que permite a comunicação entre o mundo dos mortos e dos vivos, representa um juiz que se vê obrigado a lidar com o labiríntico direito próprio da pós-modernidade (OST, 1993, p. 169-172).

Vou me permitir divergir um pouco do autor e, em minha "releitura" de seu texto, trocarei o deus Hermes – que foi aí colocado como uma visão um tanto quanto otimista – por Hades, deus do mundo inferior e dos mortos, senhor implacável da morte.

Além disso, apesar de apresentar os conceitos de direito em certa ordem, nenhum desses paradigmas necessariamente superou os demais. Pelo contrário eles ainda convivem, ainda são aplicados, especialmente no Brasil. Neste sentido, podemos arriscar

afirmar que há juristas positivistas, há os "dworkianos", aqueles que se utilizam da ponderação; ainda há aqueles que misturam todas as teorias e, no fim das contas, não seguem nenhuma delas de fato.

Feitas essas considerações, vou começar explicitando cada um desses paradigmas, para depois falarmos um pouco melhor sobre Hades.

2 Desenvolvimento

2.1 Júpiter

Comecemos com o Direito tido como *norma*: o positivismo jurídico. François Ost afirma que o positivismo jurídico resulta na positivação/codificação do direito, fenômeno que o autor define a partir de quatro corolários. O primeiro deles consiste no *monismo jurídico*, ou seja, o direito adota predominantemente a forma de lei. O segundo aponta para o *monismo político* ou a soberania estatal, isto é, o ordenamento supõe um processo de identificação nacional e centralização administrativa que culmina na figura do Estado soberano. O terceiro fator diz que é inerente à ideia de codificação uma *racionalidade dedutiva e linear*, o que significa que as decisões particulares são tomadas a partir de regras gerais, que por sua vez derivam de outras regras gerais, seguindo por uma *estrutura escalonada de normas*. Por fim, diz Ost, a positivação do Direito supõe uma *concepção de tempo orientado ao futuro*, abrigando a ideia de que a lei, antecipando um estado de coisas possível e preferível, pode garantir um futuro melhor. (OST, 1993, p. 174-175)

Escolhemos trabalhar o positivismo a partir de um de seus principais autores: Kelsen. O jurista de Praga formula o que chamou de uma *Teoria Pura do Direito*. Adotando como princípio metodológico a exclusão de tudo quanto não se possa considerar como sendo Direito – pois constrói uma ciência *jurídica* e não *política* sobre seu objeto – o autor pretende responder à pergunta: "o que é e como é o Direito?" (KELSEN, 1998, p. 1). Segundo ele, o Direito é um sistema escalonado de normas, as quais constituem o sentido de atos de vontade dirigidos ao comportamento de outros. Só se considera uma norma como jurídica

quando ela constitui o sentido de atos de vontade *humanos*. Além disso, tais normas regulam sua própria criação e aplicação. (KELSEN, 1987, p. 81)

O termo "norma", diz Kelsen (1998, p. 5-6), designa que algo "deve ser", ela se dirige ao homem propugnando que ele "deve" agir de determinada forma. "Norma", portanto, é o sentido de um ato por meio do qual alguma conduta é prescrita, permitida, proibida ou facultada. Ela se difere do ato de vontade cujo sentido ela constitui, já que ela é um "dever-ser" e o ato é um "ser". Isto quer dizer que a norma e a conduta à qual ela dá sentido – o ato nela descrito – estão em planos distintos.

Dado que as normas estão dispostas no ordenamento jurídico de forma escalonada, uma norma superior é o fundamento que outorga validade à norma inferior por ela autorizada. Quando um juiz sentencia, o faz tendo em vista uma norma legal, válida e geral que o *autoriza*. Além disso, o fundamento de validade de uma norma estabelecida por ato do legislador, cujo sentido subjetivo é a norma geral – pois a *intenção* do legislador é criar uma norma geral –, é dado pela Constituição – que confere sentido objetivo ao ato daqueles que legislaram. A função da Constituição, diz Kelsen, consiste na autorização para que determinadas pessoas criem normas gerais. (KELSEN, 1987, p. 81-83)

Porém, se apenas uma norma pode fundamentar a validade de outra, o que fundamenta a Constituição? A esta questão, Kelsen responde: a validade da Constituição não está dada por uma norma positiva e estabelecida, mas em uma norma pressuposta no pensamento jurídico, a qual constitui o último fundamento de validade de todo o ordenamento. Logo, esta norma básica, "puede ser designada – si se me permite aplicar por analogía um concepto de la teoría del conocimiento kantiana – como la condición lógico-transcendental de los juicios con los que la teoría del derecho describe el derecho como orden objetivamente válido." (KELSEN, 1987, p. 85)

O fundamento de todo o ordenamento jurídico para Kelsen, portanto, não passa de uma pressuposição, a pressuposição da norma fundamental que dá o acabamento lógico do ordenamento. Para François Ost, esta concepção de direito, que ele irá denominar, metaforicamente, de Direito Jupteriano, está marcado pelo sagrado e pela transcendência. (OST, 1993, p. 170)

Se por um lado Kelsen escreve com esmero uma teoria cheia de pormenores no que diz respeito a um direito positivo hipotético, dissertando sobre como o direito produz o próprio direito – a dinâmica jurídica –, por outro lado, o autor escreve muito pouco sobre como o jurista a quem cabe aplicar o direito deve interpretá-lo.

Segundo o autor, a interpretação é uma "operação mental que acompanha o processo da aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior." Ao interpretar a lei, deve-se procurar saber qual o conteúdo a ser dado em uma sentença ou resolução administrativa com base na lei em sua aplicação ao caso concreto. A interpretação do direito inclui a interpretação da Constituição, quando é necessário aplicá-la a um escalão inferior (caso dos processos legislativos, decretos e demais atos constitucionalmente imediatos). Outrossim, há a interpretação dos tratados internacionais ou Direito internacional geral consuetudinário, nos momentos em que devem ser aplicados. Por fim, há a interpretação das normas individuais, estas compreendidas como as sentenças judiciais, ordens administrativas, negócios jurídicos etc. (KELSEN, 1998, p. 387).

Para o teórico do direito, o ato jurídico que executa ou efetiva a norma pode ser feito de modo a corresponder a diversas significações verbais de uma mesma lei, conformando-se com a vontade do legislador ou com a expressão por ele escolhida. Logo, a interpretação pode ser compreendida como a fixação por via cognoscitiva do sentido da lei a ser aplicada, resultando na fixação de uma moldura, uma borda que a letra da lei permite esboçar. Reconhece-se, pois, que dentro desta moldura existem diversas possibilidades, bastando que a aplicação da norma mantenha-se dentro dela, preenchendo-a em qualquer dos seus sentidos, para que seja conforme ao Direito. (KELSEN, 1998, p. 390)

Neste viés, a interpretação de qualquer lei não deve conduzir a apenas uma única solução vista como a correta, mas a variadas soluções que têm igual valor, já que estão todas dentro da moldura. Kelsen critica a ideia de que é possível, através de uma teoria da interpretação, criar métodos que levassem a somente uma solução correta fundada na lei; nesta via, não há método possível de ser positivado pelo Direito através do qual apenas uma significação verbal da lei possa ser destacada como correta. Consoante o autor, o processo de interpretação não envolve unicamente um ato intelectual de clarificação e compreensão,

como se o órgão aplicador se utilizasse apenas de sua própria razão, pelo contrário, a aplicação da norma também é um ato de vontade. (KELSEN, 1998, p. 391)

Desse modo, além de fixar a moldura da norma pela via cognoscitiva, o órgão aplicador do Direito lança mão de outras normas que neste processo de criação podem ter incidência, como normas de moral, de justiça, juízos de valor sociais, interesse do Estado, etc., e o Direito positivo nada pode dizer sobre sua validade ou verificabilidade, já que são determinações que não resultam do ordenamento positivado. (KELSEN, 1998, p. 393)

Cabe destacar que a moldura é sempre fixada; apesar de deixar um espaço de decisão para o órgão aplicador – espaço que é necessário –, a norma mesma dá seus limites.

2.2 Hércules

Já em Hércules há algo de trágico. O herói nascido da união de Zeus em forma de cisne com uma mortal está condenado a cumprir doze trabalhos "hercúleos" para poder ascender ao Olimpo. Ost aponta para uma mudança de perspectiva, de modelo de direito. Esta mudança nos leva da transcendência da lei – positivismo jurídico – até a imanência dos interesses em conflito. No lugar de uma justiça inspirada pelo mandado primordial da norma fundamental, temos uma balança de cálculos e compensações cotidianas. O juiz Hércules de Dworkin nos traz de volta à terra, às coisas do mundo. (OST, 1993, p. 170) Trata-se, pois, do *direito como interpretação.*

Para Dworkin, a prática jurídica é um exercício de interpretação, não somente quando os juristas trabalham com documentos ou leis específicas, mas de um modo geral; o direito é profunda e inteiramente político. Neste sentido, uma interpretação em qualquer ramo do direito precisa demonstrar seu valor em termos políticos, demonstrando o melhor princípio ou política a que serve. (DWORKIN, 2000, p. 217, 239)

Segundo Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2008, p. 226), interpretar é selecionar possibilidades comunicativas dentro da complexidade discursiva. Como já dizia Lacan (1998, p. 499), não há uma relação biunívoca da palavra com seu significado – da palavra com a coisa em si. Nenhuma significação se sustenta por si só, é necessária a remissão a outra significação; o significante, pois, predomina sobre o significado sendo, então,

constituinte e, por assim dizer, produtor de sentido. O próprio da linguagem, da comunicação entre os homens, é o mal-entendido. Isso, todavia, não nos impossibilita a criação de meios para interpretar a lei – mas ao fazê-lo é importante ter isso no horizonte.

Afirma Ferraz Júnior (2008, p. 226) que toda interpretação é duplamente contingente, contingência que tem de ser controlada, ou a fala não se realiza. A fim de controlá-la precisamos de códigos, seletividades fortalecidas às quais os comunicadores têm acesso, que podem ser fruto de convenções implícitas ou explícitas. Os códigos também são, por sua vez, discursos que precisam ser interpretados, o que torna a fala ainda mais complexa. A interpretação jurídica como tarefa dogmática, continua o autor, ocorre num amplo espectro de possibilidades. Um jurista enquanto tal não interpreta como o faz uma pessoa em uma conversa qualquer; um jurista pressupõe que no discurso normativo são fornecidas razões para agir de certo modo e não de outro.

Ulrich Schroth diferencia a hermenêutica filosófica da hermenêutica jurídica. A partir dessa primeira, mais precisamente com Gadamer, entende-se que a compreensão só é possível quando aquele que compreende se lança à abordagem do texto já com uma pré-compreensão; isto é, o intérprete orienta o texto por alguma coisa, pelas coisas que estão no mundo em movimento. À compreensão do texto, pois, liga-se um interesse na compreensão, há sempre um propósito na mente daquele que interpreta. Dessa forma, em Gadamer o "*círculo hermenêutico* é entendido como *uma interpretação entre aquilo que é carreado para o texto pela tradição e aquilo que é trazido pelo intérprete*". (SCHROTH, 2002, p. 383-384)

Segundo Schroth (2002, p. 383-384), a hermenêutica filosófica torna transparentes as limitações das regras metodológicas de interpretação, ela mostra que nos resultados da compreensão sempre há um momento de criação. Além disso, ela faz com que fique mais nítido o fato de que a compreensão se funda na práxis da vida e de que as hipóteses apresentadas para a interpretação de um texto não são descobertas simplesmente por um processo orientado por regras, mas que têm, antes, origem no cotidiano.

A compreensão das normas jurídicas depende das regras, perspectivas e expectativas normativas que o intérprete adotou. De acordo com Scrhoth (2002, p. 386-387), na interpretação das normas está "decisivamente em causa a superação da diferença entre a generalidade da norma e a singularidade do caso individual. A hermenêutica

jurídica tem justamente de se ocupar deste problema." Para Arthur Kaufmann (2002, p. 151), a determinação do direito não é um ato passivo de subsunção, mas um ato criativo, no qual o investigador do direito é implicado. Segundo o autor, o direito não é *substancial*, não está "nas coisas", pelo contrário, o direito tem um caráter *referencial*, o direito é algo relacional, existe nas relações dos homens entre si e com as coisas.

Consoante Ost (1993, p. 179-180), neste paradigma de direito, a generalidade e abstração da lei são trocadas à singularidade e ao concreto do juízo. É do fato que passa a surgir a regra, melhor dizendo, é do *fato* que surge a decisão particular em que se exaure a juridicidade. A pretensão de coerência lógica do ordenamento é submetida à busca do resultado prático mais do que à aplicação correta da lei. Não é a lógica que servirá ao juiz na aplicação da regra, mas a economia, a contabilidade, a balística, a medicina, a psiquiatria. O Hércules de Dworkin é aquele que busca a unidade do Direito, unidade que deve ser fortalecida em uma via dupla: unidade da coerência narrativa que melhor se adapta ao passa e ao presente do Direito e da hierarquia mais satisfatória dos princípios de moral política compartilhada pela comunidade em cada momento de sua história.

De acordo com Athur Kaufmann (2002, p. 151-152), o juiz que julga que sua decisão está baseada estritamente na lei, e não também na sua configuração como sujeito, comete um erro fatídico, pois permanece, inconscientemente, dependente dele próprio. Como já foi dito, um sujeito só consegue dar expressão ao texto se o aborda com uma pré-compreensão, com conceitos pré-formulados "só entrando, ele mesmo, no horizonte de compreensão – com toda tradição de que é portador –, logrará fundamentar argumentativamente aquilo que ele já tinha antecipado como resultado 'provisório'". Assim, continua Kaufmann, "a hermenêutica não é teoria da argumentação, mas exige-a".

O Hércules, descreve François Ost, é aquele que está presente em todas as frentes, aquele que decide e aplica as normas apoiado nos códigos, mas não apenas isso: antes da contenda ele aconselha, orienta e previne, após o conflito ele adapta suas decisões de acordo com as circunstâncias e necessidades. Essa evolução, sobretudo no que diz respeito às jurisdições constitucionais que apreciam a constitucionalidade das leis, conduz a relativizar o mito da supremacia do legislador. (OST, 1993, p. 177) Segundo Albert

Calsamiglia (1985, p. 159-165), um dos grandes méritos de Dworkin foi restabelecer a ponte entre o pensamento moral e o jurídico que o positivismo havia destruído.

Para Ost (1993, p. 178), a partir do momento em que a norma não constitui mais que uma justificação da decisão – na medida em que ela não se impõe mais como *a priori* para o aplicador – ela só pode representar uma *predição* da futura decisão. "*No es tanto la decisión la que deriva de la regla, sino ésta de aquélla*."

No entanto, cabe aqui questionar: se começamos a falar que uma decisão não deriva da regra, mas a regra deriva da decisão, estamos, na verdade, abrindo o caminho para o terceiro conceito de direito que quero lhes trazer: um direito como decisão, o direito de Hades, próprio da pós/hiper/super modernidade.

2.3 Hades

"Soberano é quem decide sobre o Estado de exceção" é a frase com a qual Carl Schmitt (1996, p. 87) inicia a sua *Teologia Política*. Chegamos, então, à última concepção de direito, o *direito como decisão*. O autor chave para esta compreensão é Carl Schmitt, e, mais contemporaneamente, Giorgio Agamben.

Se o modelo de direito kelseniano, do início do século XX, propunha considerar o direito como norma fundada em si mesma enquanto norma (o direito produz o direito), Schmitt irá resgatar a figura do soberano como aquele que pode decidir sobre o estado de exceção, trazendo novamente para o âmbito do direito este poder que o positivismo tinha feito questão de expelir, bem como todos os elementos que se vinculam ao caráter subjetivo e pessoal de uma decisão. (FRANCO DE SÁ, 2009, p. 5).

Consoante Alexandre Franco de Sá (2009, p. 7),

> Ao determinar a soberania como a possibilidade de decidir um estado de excepção a uma norma, Schmitt apresenta o seu conceito de um modo manifestamente polémico. Longe de ser neutra ou meramente descritiva, uma tal definição do poder soberano surge, de um modo imediato, em contraposição a doutrinas jurídicas classificáveis, de um modo geral, como normativistas.

O normativismo jurídico, com o advento do Estado moderno, havia efetivado uma mudança fundamental na soberania: ela passa de uma concepção subjetiva e pessoal – em

que a soberania deveria residir na pessoa que possui o poder de decretar a lei – para uma concepção impessoal e objetiva – em que a soberania reside na lei. Schmitt repudia a posição normativista, haja vista que tal postura implicaria pensar o direito de uma forma puramente abstrata, sem levar em conta sua aplicação concreta, a qual é sempre inevitavelmente exigida (FRANCO DE SÁ, 2009, p. 8, 10).

A norma que constitui o direito, para Schmitt, só pode ser pensada a partir de sua efetivação, ou seja, a partir de sua aplicação a um fato, e, por via de consequência, a partir de sua articulação com o poder capaz de decidir esta aplicação. Sem a decisão que a efetiva, a norma não é nada, é pura e simples abstração. "É esta inevitável remissão da norma ao poder, à autoridade que decide sua aplicação, que Schmitt procura expressar através de seu decisionismo." (FRANCO DE SÁ, 2009, p. 10-11).

Para Schmitt, o fundamento do poder político e da estrutura jurídica deriva de uma decisão pura. (NODARI, 2006, p. 25) "O poder nu, soberano, é aquele que passa por cima das normas e instaura, portanto, a decisão original." Carl Schmitt "existencializa" o direito: a decisão fora da norma é aquilo que dá sentido à própria norma e ao direito como um todo. (MASCARO, 2012, p. 410-411). A exceção passa, de fato, a fazer a regra.

Neste sentido, é "a possibilidade da excepção que constitui a possibilidade da existência da lei, ou seja, que constitui essa mesma lei enquanto lei efectiva e existente." Em Schmitt, o poder de determinar o conteúdo da lei, bem como o poder de guardar a lei surgem unidos, na *unidade* de um *único* poder, um poder representativo que não pode reconhecer diante de si nenhum outro poder que o limite. (FRANCO DE SÁ, 2009, p. 17-18)

Cabe, então, diz Schmitt (2007, p. 232-233) ao Presidente do Reich – o qual se encontra no centro de um sistema neutro e independente com relação a quaisquer amarras político-partidárias – a função de *Guardião da Constituição*. Tal autorização para que o *führer* desempenhasse tão importante papel estaria, segundo Carl Schmitt, na própria Constituição de Weimar, quando dispõe que o Presidente do Reich faz juramento político de que "defenderá a Constituição".

Segundo Alexandre Franco de Sá (2009, p.21-22), em Schmitt, a autoconservação do Estado surge como um direito que se situa acima do próprio direito. Trata-se de uma ordem superior à própria ordem jurídica, uma espécie de razão suprema que justifica que o ordenamento seja suspenso por um poder soberano. A ordem jurídica de um Estado deve

vigorar numa situação normal; em caso de uma ruptura na normalidade, no entanto, o Estado surge como realidade cuja existência vale mais que a existência da própria lei, tornando-se inevitável abrir uma exceção ao ordenamento, trata-se do estado de exceção.

> A racionalidade da defesa schmittiana da ilimitação do poder do Estado, assim como da sua definição da soberania como a possibilidade de decisão de uma excepção à ordem jurídica, repousa assim neste direito do Estado à sua autoconservação. Um tal direito é, como se disse, um direito mais fundamental que o direito propriamente dito, uma ordem suprema que relativiza a própria ordem jurídica. (FRANCO DE SÁ, 2009, p. 22)

De acordo com Giorgio Agamben, o estado de exceção apresenta-se como "uma zona ambígua e incerta onde procedimentos de fato, em si extra ou antijurídicos, transformam-se em direito e onde as normas jurídicas se indeterminam em mero fato; um limiar, portanto, onde fato e direito parecem tornar-se indiscerníveis" (AGAMBEN, 2004, p. 45). Trata-se, pois, de uma figura topológica complexa, onde exceção e regra, natureza e direito, fora e dentro, transitam um pelo outro. É um espaço em que o que está em jogo é a força de lei sem lei, vigora a pura força, a decisão sem lei. (AGAMBEN, 2002, p. 43, 61)

O estado de exceção, continua Agamben, é a abertura de uma lacuna fictícia no ordenamento jurídico, decisão realizada para assegurar a aplicação da lei em situações normais. A lacuna não diz respeito ao ordenamento por si só, mas à sua relação com a realidade. "É como se o direito tivesse uma fratura essencial entre o estabelecimento da norma e sua aplicação e que, em caso extremo, só pudesse ser preenchido pelo estado de exceção, ou seja, criando-se uma área onde essa aplicação é suspensa, mas onde a lei, enquanto tal, permanece em vigor."(AGAMBEN, 2002, p. 48-49)

Segundo Giorgio Agamben, o estado de exceção cada vez mais tem se apresentado como o paradigma de governo dominante, apresentando-se como um patamar de indeterminação entre democracia e absolutismo. Esta "técnica de governo" não está nem dentro e nem fora do ordenamento jurídico, mas em uma zona de indiferença, de indeterminação. (AGAMBEN, 2002, p. 13)

Segundo Alysson Mascaro (2012, p. 425), Schmitt foi aquele que "desceu às profundezas infernais do ser jurídico, para arrancar sua verdade: o poder, o arbítrio e a decisão bruta soberana. Tudo era possível, mas quis-se assim, e assim se fez, eis o mais verdadeiro e angustiante para o direito a partir da perspectiva existencial" Por isso, eu

relaciono este último conceito de direito com Hades, filho parricida de Cronos, soberano do submundo, senhor do reino dos mortos, destino de todos os homens.

Teríamos elementos suficientes para afirmar, junto com Agamben, que o paradigma jurídico que vigora hoje (com as devidas modificações e atualizações para o nosso tempo) seria este apresentado por Schmitt? Não podemos asseverar com toda a certeza que estamos em pleno estado de exceção generalizado, o que temos a possibilidade de fazer é colher "sinais"...

3 Considerações Finais

No presente trabalho apresentamos três concepções de direito, isto é, três paradigmas de direito que marcaram o século XX do mundo ocidental. Explicitamos um direito "jupteriano", marcado pela "transcendentalidade" da lei na figura da norma fundamental, bem como pelo monismo jurídico e político. Especificamos, também, o modelo de direito próprio de "Hércules", aquele que determina ao aplicador do direito que, por meio da interpretação hercúlea, encontre a melhor solução para um caso concreto.

Outrossim, apresentamos o direito de "Hades", o *decisionismo*. Este direito está diretamente relacionado ao exercício do poder – não há véus de transcendência ou interpretação aqui –, poder de decisão sobre a suspensão do ordenamento jurídico, sobre o estado de exceção (e, por que não, poder de vida e morte).

Cabe esclarecer que estas não são as únicas concepções de direito desenvolvidas no século XX, mas escolhemos (quase arbitrariamente) fazer o este recorte. Além disso, é importante pontuar que a sequência em que os modelos são explicitados não é necessariamente uma sequência cronológica. Nem poderia ser, já que Kelsen e Schmitt são contemporâneos, e Dworkin escreve seus primeiros textos durante a Guerra Fria. A sequência aqui apresentada é *lógica* e não necessariamente cronológica – apesar de haver de nossa parte a indicação de que o modelo schmittiano ainda esteja muito mais presente do que pensamos.

Por último, questionamos: a quem cabe hoje a função de Guardião da Constituição? Qual poder ou quem se encontra em uma zona neutra e distante de todas as amarras

político-partidárias? O chefe do poder executivo? Por óbvio a resposta é negativa. O legislativo, por sua vez, dispensa nossos comentários. O que dizer, então, da mais alta corte do Poder Judiciário brasileiro que, em alguns momentos, já chegou a se autodenominar a Guardiã da Constituição?[1]

Volto a destacar que não nos propusemos a defender que este ou aquele paradigma é aquele que está em vigor hoje. A proposta do presente trabalho foi tão somente explicitá-los e relacioná-los com figuras mitológicas um tanto quanto interessantes. Nada obstante, creio que todos os modelos convivem, com mais ou menos força, e de modo nada harmônico.

Para dirimir tais questões, no entanto, ainda há muito trabalho adiante.

4 Referências bibliográficas

AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer**: o poder soberano e a vida nua I. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.

_____. **Estado de exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. São Paulo: Landy Ed., 2001.

ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**; teorias da argumentação jurídica. São Paulo: Landy Ed., 2003.

CASALMIGLIA, Albert. ¿Por qué es importante Dworkin?. Em: **Doxa** : Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm. 2 (1985). Disponível em: http://www.cervantesvirtual.com/obra/por-qu-es-importante-dworkin-0/
DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 2008.

FRANCO DE SÁ, Alexandre. **Do decisionismo à teologia política.** Carl Schmitt e o conceito de soberania. Covilhã: Universidade da Beira Interior, 2009, p. 10-11. Disponível em: http://www.lusosofia.net/textos/sa_alexandre_franco_de_do_decisionismo_a_teologia_politica.pdf

[1] Vide: GARCIA, 2008. A autora recolhe e analisa algumas decisões proferidas pelo STF, apontando que o tribunal se considera o guardião da constituição.

GARCIA, Ísis de Jesus. **Uma Torre de Babel chamada Constituição Federal**: reflexões a respeito do direito contemporâneo. Florianópolis, SC, 2008. 127 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito.

KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. Em: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (org**). Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas.** Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. La función de la Constitucion. Em: **Derecho y psicoanálisis** ; teoría de las ficciones y función dogmática. Buenos Aires: Hachette, 1987.

LACAN, Jacques. A instância da letra no inconsciente. Em: **Escritos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998.

MASCARO, Alysson Leandro. **Filosofia do direito**. São Paulo: Atlas, 2012,
NODARI, Alexandre André. **Um instante de loucura**: decisão e indecidibilidade em Carl Schmitt e Bartleby. Florianópolis, SC, 2006. 93 f. Monografia (Graduação) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas.

OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: Tres modelos de juez. Em: **DOXA** - Cuadernos de Filosofia, número 14, 1993.

PLATÃO. **Górgias**. Lisboa: Edições 70, 2006.

POUZADOUX, Claude. **Contos e lendas da mitologia grega**. São Paulo: Companhia das Leiras, 2001.

SCHMITT, Carl. **A crise da democracia parlamentar**. São Paulo: Scritta, 1996.

_____. **O guardião da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SCHNEIDER, Jochen; SCHROTH, Ulrich. Perspectivas da aplicação da norma jurídica: determinação, argumentação e decisão. Em: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (org). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas.** Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

SCRHOTH, Ulrich. Hermenêutica filosófica e jurídica. Em: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (org). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 383-384.

MEURSAULT CONTRA O "HOMEM MÉDIO": UM ESTRANGEIRO NO JUDICIÁRIO

Marja Mangili Laurindo[*]

Palavras-chave: "O estrangeiro"; Albert Camus; homem médio; sistema judiciário brasileiro.

Resumo: O presente trabalho objetiva, através do estudo do julgamento do personagem Meursault, do romance *O estrangeiro*, de Albert Camus, analisar um possível viés inquisitorial das decisões judiciais que se fundamentam no conceito de "homem médio". Os tribunais julgam, dia a dia, casos em que se utilizam do conceito de "homem médio" para melhor fundamentar suas condenações. O homem médio passa a ser uma figura de parâmetro para as decisões dos juízes: é o homem mediano, dotado de razão e sensibilidade mediana, civilizado, sujeito de direito capaz de contratuar e, sobretudo, ajustado à realidade social e suas regras. O julgamento de Meursault – que decidiria seu futuro em razão do assassínio de um árabe na praia –, bem como uma breve análise da jurisprudência brasileira, pode dar os indicativos de uma possível arbitrariedade do judiciário quando sua atividade principal passa a ser a culpabilização moral do réu em um mundo que, como o mundo do personagem camusiano, longe de ser uno, é absurdo e caótico. A questão do absurdo, essencial na obra de Camus, colocada sobretudo a partir da leitura das obras *O estrangeiro* e *O mito de Sísifo*, pode auxiliar na compreensão das implicações do uso do paradigmático "homem médio" na jurisprudência.

Key-words: "The stranger"; Albert Camus; "average man"; brazilian judicial system.

Abstract: This work aims, through the study of the Meursault's trial, character of the Albert Camus' novel *The stranger*, analyze a possible bias inquisitorial judicial decisions that are based on the concept of "average man".The courts judge, day by day, cases where the concept of "average man" is used to better support their convictions. The average man

[*] Graduada em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), onde é mestranda na área de Teoria, Filosofia e História do Direito pelo Programa de Pós-graduação em Direito (PPGD). Bolsista do CNPq. Lattes: http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K4317492Y8.

becomes a parameter figure for the judges' decisions: the average man, endowed with reason and median sensitivity, civilized, subject of law able to contract and especially adjusted to social reality and its rules. The trial of Meursault – which would decide their future in reason of the murder of an arab on the beach – as well as a brief analysis of the brazilian jurisprudence may give indications of a possible arbitrariness of the judiciary when its main activity becomes in the moral culpability of the defendant in a world that, as the world of the camusian character, far from being one, it is absurd and chaotic. The question of the absurd, essential in the work of Camus, placed especially after reading the works *The stranger* and *The myth of Sisyphus*, may help to understand the implications of using the paradigmatic term "average man" in the jurisprudence.

1 Introdução

Uma breve pesquisa acerca do uso do termo "homem médio" na jurisprudência brasileira pode conceder indícios de que há algo de inquisitorial no sistema judiciário. Embora o artigo não almeje trazer consigo um estudo completo sobre os dados jurisprudenciais a respeito do tema, se restringindo por enquanto a esse pequeno ensaio sobre a absurdidade do *modus operandi* da justiça, serve de evidência alarmante de que os juízes concentram em si o poder de julgar um homem conforme certa divisão maniqueísta entre bem e mal.

O romance *O estrangeiro*, de Albert Camus, vem à mente quando se fala em um julgamento nesses termos. Meursault, seu personagem-narrador, é o sujeito que mata um árabe e vai ao tribunal para responder por seu crime. Lá, descobre que os operadores do Direito estão mais interessados nos detalhes sobre sua moralidade do que no próprio fato jurídico.

A leitura de alguns processos e da obra camusiana indica que há muitas semelhanças entre o judiciário da ficção e o real. É nesse sentido que o presente artigo se delineará: apontando as semelhanças entre o judiciário brasileiro e o judiciário da ficção.

2 Quem é o homem médio?

there is enough treachery, hatred violence absurdity in the average
human being to supply any given army on any given day
[...]
but there is genius in their hatred
there is enough genius in their hatred to kill you
to kill anybody
not wanting solitude
not understanding solitude
they will attempt to destroy anything
that differs from their own

Charles Bukowski, *The genius of the crowd*.

O conceito de "homem médio" é justificado, na doutrina brasileira, como um critério objetivo que permite àquele que julga decidir de maneira equitativa os litígios previstos pelo Direito Penal, especialmente no que se refere à aferição de culpa. Grosso modo, neste sentido, quando atendido o critério de razoabilidade que se espera de um homem médio, o sujeito não pode ser considerado culpado. Ao contrariar, na situação concreta em que se envolve, aquilo que se espera do homem médio hipoteticamente colocado na mesma situação, considera-se o sujeito responsável. Através da noção de cuidado objetivo, a noção de homem médio traria o benefício de complexificar a relação entre a conduta típica prescrita nos códigos e a conduta dos sujeitos[1].

O atual presidente do STF, o ministro Ricardo Lewandowski, afirmou em decisão datada de 2008 que a figura do homem médio está ligada aos ditames da sociabilidade humana e é qualificadora do delito.

> Ora, se a conduta imputada ao paciente se mostra eventualmente afrontosa aos ditames da sociabilidade humana, considerados os padrões do homem médio, nada impede seja ela havida como uma qualificadora do delito (...) (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, HC 91.506-0, Rel. Ricardo Lewandowski,, 2008).

[1] "O cuidado objetivo, como critério delimitador do ilícito culposo, é aquele que houvera empregado o 'homem prudente', impregnado com um importante componente de previsibilidade e evitabilidade objetivas, a juízo de um observador imparcial que contasse com os conhecimentos do autor" (SANTANA, 2005 *apud* GRANT, 2008, p. 1615).

Segundo Grant (GRANT, 2008), no artigo intitulado "A manipulação discursiva e a figura do 'homem médio' no Direito Penal", a maior dificuldade prática do conceito está na possibilidade de que seja mera abstração, constituindo-se em um padrão irreal e inalcançável cujo representante concreto não se pode encontrar. Ante essa incerteza de um padrão normativo, como defender a objetividade do julgamento?[2]

Esta questão pode ser respondida a partir do momento em que se analisa de que modo o termo foi apropriado pelo Poder Judiciário. Para além do estabelecimento da culpabilidade, a figura do homem médio tem sido utilizada como referência para o estabelecimento de seus níveis através do *caput* do Art. 59 do Código Penal, pelo qual

> Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:
> I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;
> II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;
> III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;
> IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível. (BRASIL, 2010, p. 278).

Se por um lado a figura do homem médio ou homem prudente permite que a penalização do sujeito seja variável de acordo com o grau de culpabilidade, desvinculando a tarefa de julgar com base meramente na responsabilidade objetiva[3], por outro lado a mesma figura permite que o julgamento de um indivíduo particular seja embasado em uma expectativa de comportamento irreal ou fora de seu alcance.

Acredita-se, por vezes, que esta figura é meramente imaginária, ideal. Tece-se a crítica a partir deste sentido: o homem, em sua realidade complexa, não pode ser julgado de acordo com um padrão irreal. O que defendemos aqui é que este homem é, primeiramente, resultante de um fenômeno moderno de pretensão racional e universal, cujo correspondente é o homem de classe média, sujeito honesto, digno e honrado[4], pai de

[2] "A grande preocupação passar a ser, então, a identificação deste "Homem Médio", da conduta que será considerada idônea, apta, ideal para servir de parâmetro às demais, de forma objetiva e precisa. Existirá, de fato, este homem médio? Eis a grande questão." (GRANT, 2008, p. 1615).
[3] Cf. (BATISTA, 1990, p. 102 et seq.).
[4] Cf. (RIO DE JANEIRO, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Ap 200900155360 RJ 2009.001.55360, Rel. Des. Celia Meliga Pessoa, 2009).

família tradicional que obtém seus recursos através do trabalho[5] e, nas circunstâncias atuais, certamente conservador. O homem médio passa a ser uma figura paradigmática para as decisões dos juízes: é o homem mediano, dotado de razão e sensibilidade mediana, civilizado, sujeito de direito capaz de contratar e, sobretudo, ajustado à realidade social e as suas regras[6].

Com o intuito de estabelecer mais complexidade à culpabilidade, a figura do homem médio permite a inserção de uma figura que permite aos juízes julgarem, com ares de objetividade, em consonância com os próprios ideais morais. Assim, o conceito adquire um caráter particular que mistura objetividade e subjetividade[7].

Na jurisprudência, pouco se define o quem é o homem médio, embora essa figura esteja muito presente nas decisões. Nesta a seguir, sobre direito à indenização por danos morais, o homem médio corresponde ao *bonus pater familiae* do Direito Civil, conforme ensina Silvio de Salvo Venosa.

> Nas palavras de Venosa, "Dano moral é o prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima (...). Não é também qualquer dissabor comezinho da vida que pode acarretar a indenização. Aqui também é importante o critério objetivo do homem médio, o 'bonus pater familias': não se levará em conta o psiquismo do homem excessivamente sensível, que se aborrece com fatos diuturnos da vida, nem o homem de pouca ou nenhuma sensibilidade, capaz de resistir sempre às rudezas do destino (...)" (SÃO PAULO, Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, RO Nº 0002183-17.2011.5.02.0441).

Em uma rápida pesquisa pode-se verificar que o termo "homem médio" é usado para fundamentar sentenças em casos de vários casos, como auferição de danos morais na área do direito do consumidor bem como falsificação de documentos, homicídio, roubo, furto e tráfico de drogas na área penal. A atenção se volta para aqueles casos em que é possível notar que o magistrado usa com maior veemência o termo homem médio para

[5] Cf. (RIO DE JANEIRO, Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, RO 00018864320105010224 RJ, Roque Lucarelli Dattoli, 2013).

[6] Segundo decisão do Supremo Tribunal Federal, "homem médio" equivale ao "homem integrado à sociedade". (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, HC 116981 SP, Relator Min. Marco Aurélio, 2013).

[7] "As the common law's most enduring fiction, the reasonable person fulfills a great many different roles across very different bodies of law. Courts reach for the reasonable person when the relevant standard requires some attentiveness to the individual qualities of the litigant as well as to the objective content of the legal norm. **This unique blend of subjective and objective qualities forms the conceptual foundation for the reasonable person and is the source of his utility**." (grifo nosso). (MORAN, 2010, p. 1233).

demonstrar sua repreensão à conduta e personalidade do réu, especialmente nos crimes contra a vida e o patrimônio. A seguinte sentença, que decide acerca de um ataque a posto policial para roubo de armamento, evidencia isso:

> Os apelados mostraram-se como pessoas articuladas, ardilosas, experientes, de má-fé e voltadas ao mundo do crime, denotando-se de suas personalidades traços que nitidamente os distinguem do homem médio, evento que em seu desfavor deve ser sopesado. E tais ponderações não advieram da simples observância da reincidência, mas, ao reverso, subsidiaram-se em todo o arcabouço probatório, diante do qual – ainda que não houvesse a reincidência seguramente poder-se-ia afirmar terem os apelados a personalidade voltada ao mundo do crime. (RECIFE, Tribunal Regional Federal da 5ª Região, AC 5180 PE 2004.83.00.001552-5, Rel. Des. Federal Ubaldo Ataíde Cavalcante, 2008).

O juiz de primeiro grau havia já havia decidido que

> A prova contra os acusados é contundente e não há dúvida nenhuma de que ficou (sic) devidamente comprovadas as suas condições de assaltantes, sequestradores, tipo de elementos que procuram saciar suas luxúrias através do ilícito, sequestrando cidadãos de bem, pais de família, causando o desassossego geral a todos que pretendem sair no dia a dia nas ruas. (RECIFE, Tribunal Regional Federal da 5ª Região, AC 5180 PE 2004.83.00.001552-5, Rel. Des. Federal Ubaldo Ataíde Cavalcante, 2008).

Em outra decisão, datada de novembro de 2013, decidiu-se acerca de um furto:

> Consciência da infringência da norma penal é reincidente específico, possuindo o sentenciado extensa ficha de antecedentes (fls 298/305) **a conduta social do sentenciado, levando em consideração a extensa ficha de antecedentes, qual aponta a prática do delito de furto entre outros, a meu ver, é distorcida da realidade do homem médio quanto à personalidade é desvirtuada para a prática de delitos desta espécie, ou seja, contra o patrimônio**. (GOIÁS, Tribunal de Justiça de Goiás, Ação Penal nº 423349-09.2009.8.09.0039, Juiz Marcio Antônio Neves, 2014) (grifo nosso).

Nesta decisão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina acerca de um homicídio qualificado, fundamentada em precedente do Superior Tribunal de Justiça, afirma que:

> No que se refere à personalidade, deve ser aferida com base em elementos que apontem a condição psíquica do réu, bem como o seu temperamento ou agressividade, como fez o Magistrado a quo, veja-se: [...] da forma como o acusado respondeu friamente aos dois interrogatórios, ao que se somamos demais elementos presentes dos autos, tem-se que **a personalidade do acusado é desvirtuada da normalidade tida pelo homem médio**, quiçá beirando a psicopatia, **desviada indiscutivelmente para a marginalidade**, a cupidez e a crueldade, em total desapego em relação à vida humana, quiçá em relação à sua própria vida. (fl.341) **Como recentemente decidiu o Superior Tribunal de Justiça, "a**

> **insensibilidade acentuada, a maldade, a desonestidade e a perversidade são deduzidas a partir do modo de agir do agente, isto é, a partir do exame dos fatos concretos devidamente noticiados nos autos, capazes de extravasar a inerência ao tipo penal"** (Habeas Corpus n.278.514/MS, rela. Mina Laurita Vaz, j.em11/2/2014, DJU e de 28/2/2014). (SANTA CATARINA, Tribunal de Justiça de Santa Catarina, RC n.2014.087038-3, Rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, 2015).

O que se sobressai dos julgados analisados é que o juiz, por meio do dispositivo apontado, ganha um poder discricionário para delimitar, conforme a moral do homem médio em que ele próprio está incluído, não somente o grau de culpabilidade penal, mas também a *culpabilidade moral* do agente.

Nessa decisão do Supremo Tribunal de Justiça[8],

> Apesar de serem criminosos contumazes, uma vez que, além das [sic] presente ação criminal, respondem a outros processos criminais, no que concerne à conduta pessoal dos acusados, entendida esta como o relacionamento com a família, amigos, sociedade em geral, nada consta dos autos que lhes seja desfavorável. A despeito disso, **considerando a personalidade como as qualidades morais dos réus, o antagonismo com a ordem social e a possibilidade de voltar a delinquir, observo que os referidos réus levam um a vida desregrada e voltada a prática delituosas de gravidade inconteste, denotando-se de suas personalidades traços que nitidamente os distinguem do homem médio**, evento que em seu desfavor deve ser sopesado. (grifo nosso). (BRASIL, Supremo Tribunal de Justiça, REsp 1395076 PE 2013/0274644-0, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 2014).

Ainda do STJ,

> [...] Personalidade: o réu demonstra **personalidade dissonante ao do homem médio,** eis que reiteradamente vem praticando crimes contra o patrimônio, demonstrando total desapego às normas e o convívio social. Neste diapasão, hei discordar da jurisprudência dominante que afirma que ao juiz não é permitido avaliar referida circunstância, pois filio-me a lição de Nélson Hungria, ao ensinar que "[...] não se trata de fazer psicologia livresca ou erudita, mas psicologia que todos nós sabemos fazer: psicologia intuitiva ou entrada pelo traquejo da vida, psicologia acessível a todo homem sensato e de perspicácia comum [...]. (BRASIL, Supremo Tribunal De Justiça. Agravo em Recurso Especial nº 664.915 Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 2015).

[8] Cf. STJ - RECURSO ESPECIAL : REsp 1395076 PE 2013/0274644-0. Data do julgamento: 17.11.2014.

Na tradição da *Common Law*, o conceito de *reasonable man* faz as vezes do homem médio. Segundo Moran, o homem razoável é associado ao homem comum ou normal, isto é, ao *Clapham omnibus*[9]:

> However, looking at the reasonable person across his many appearances makes at least one thing clear — he is most often the common or ordinary man. In this sense, the famous "man in the Clapham omnibus" is but one illustration of a far more persistent association between the reasonable person and the ordinary man. Thus, both in the context of the law of negligence and in the criminal context, the objective content of the reasonable person is closely linked to standards of ordinariness or normalcy. (MORAN, 2010, p. 1236).

Tanto naquela tradição jurídica quanto na brasileira, o conceito é adotado tanto pela lei dita privada quanto pela criminal. O que fica evidente é que tanto na área civil quanto na criminal o conceito é um padrão de normalidade mas é, sobretudo, um padrão de culpabilidade moral.

Diz ainda Moran que a preocupação daqueles criticam o instituto é de que o *reasonable man*, ou homem médio, não passa de um veículo para as crenças e atitudes do próprio juiz.

> Though this is quite explicit in private law, where the reasonable person is insistently described as a standard of ordinariness and not a standard of moral culpability, similar patterns are also evident in the criminal law context. Indeed, many of the early critiques of the reasonable person focused on the looseness of the idea of what is ordinary. **They worried in particular about whether the reasonable man (as he then was) was in fact anything more than just a vehicle for the judge's own beliefs and attitudes.** (grifo nosso). (MORAN, 2010, p. 1236).

Apesar de ser defendido como um padrão de normalidade e objetividade, o homem médio tem servido, em realidade, como um instrumento inquisitório do judiciário para julgar moralmente as ações do réu.

No Brasil, alguns posicionamentos se colocam no mesmo sentido. Segundo Juarez Tavares,

[9] "England is the type of deferential countries, and the manner in which it is so, and has become so, is extremely curious. The middle classes — the ordinary majority of educated men — are in the present day the despotic power in England. 'Public opinion', now-a-days, 'is the opinion of the bald-headed man at the back of the omnibus.' It is not the opinion of the aristocratical classes as such; or of the most educated or refined classes as such; it is simply the opinion of the ordinary mass of educated, but still commonplace mankind." (BAGEHOT, 1873, p. 198).

> Desde logo, se afirma, como condição de um direito penal de garantia, que na aferição da tipicidade da conduta não se deve, em caso algum, ter por base a figura do homem prudente, consciencioso e diligente, com cuja conduta imaginária se deveria comparar a conduta realizada pelo agente. (...) Na realidade dos fatos, a figura do homo medius será inferida de juízo subjetivo-pessoal do próprio julgador e não de um padrão objetivo e coerente. É uma ilusão imaginar que tal figura possa servir de orientação ao seu juízo. (TAVARES, 2003, p. 275).

Se de um lado está o homem médio, do outro está o resto: homens sem virtude, sujeitos passivos do etiquetamento social promovido pelo sistema judiciário. O sujeito sem as virtudes do homem médio é um pequeno fracasso para o Direito, pois escarnecem da figura do sujeito de direito, isto é, do personagem do *Clapham omnibus* da *Common Law*, que não por acaso é um sujeito calvo, normal e intelectualmente mediano.

A figura do homem médio pode trazer, para além do benefício objetividade, uma série de problemas que envolvem sua aplicação. Grant classifica em pelo menos dois problemas. O primeiro deles seria quanto *à possibilidade de diminuição da proteção conferida pelo Direito Penal aos bens jurídicos por ele tutelados* (GRANT, 2008, p. 1621), uma vez que o conceito exige uma conduta geral e não a específica exigida em face à situação concreta. O segundo problema estaria ligado às diferentes realidades dos sujeitos, que podem ter níveis de compreensão ou inteligência distintos por razões biológicas ou sociais. Neste sentido, tratar duas pessoas com níveis técnico-intelectuais visivelmente diferentes como iguais feriria a ideia de justiça.

Grant também aponta duas correntes atuais que sugerem medidas para possivelmente solucionar essa problemática: a teoria da dupla posição, pela qual a totalidade dos aspectos subjetivos do sujeito seria ignorada; e a teoria da individualização da capacidade do agente, pela qual as diferenças entre capacidades individuais seriam consideradas para fins de aferição de culpa.

A autora aponta, acertadamente, que ambas as correntes tem seus problemas específicos, que podem em determinado momento eximir erroneamente de culpa o sujeito ou pecar pela individualização excessiva, e propõe, por fim, a teoria mista de Claus Roxin[10].

[10] Segundo a autora: "Para essa teoria, dever-se-ia avaliar os aspectos subjetivos do agente no âmbito da tipicidade tão somente quando se tratasse do "indivíduo inteligente", para que este não permanecesse impune injustamente. Quanto ao "indivíduo incapaz", manter-se-ia o padrão objetivo, para evitar a individualização excessiva da norma (que não pode, também, perder um mínimo de abstração, ao se referir a toda uma coletividade e não a indivíduos isolados, podendo perder, inclusive, o seu caráter prescritivo e anterior); e, ao se avaliar, neste caso, os aspectos subjetivos do agente na esfera da culpabilidade, esta não remanesceria de todo "esvaziada", além de que o indivíduo cujas capacidades estão aquém do esperado permaneceria, de qualquer modo, livre da imputação, ao lhe ser desconfigurado o caráter ilícito de sua ação face à exclusão da culpabilidade." (GRANT, 2008, p. 1627).

No entanto, a problemática do homem mediano parece não terminar aí. Para além dos critérios de aferição de culpabilidade objetiva, o conceito parece levar também à uma culpabilidade moral, como já apontado. O romance *O estrangeiro*, publicado há mais de 70 anos, em 1942, pode dar os indicativos de que antigos hábitos ainda permanecem no judiciário.

No intuito de introduzir o pensamento de seu autor e sua obra, far-se-á uma breve análise para compreender o contexto de seu personagem, Meursault, que dá título a este artigo.

3 Albert Camus: a filosofia do absurdo

Argelino de descendência francesa, Albert Camus viveu entre 1913 e 1960, quando sofreu um acidente de carro fatal que, ironicamente, pode representar a própria filosofia do absurdo pelo qual ficou conhecido: em seu bolso encontrou-se uma passagem de trem para o mesmo percurso.

A obra de Albert Camus pode ser dividida em duas fases indissociáveis: a de negação, composta, sobretudo, pelas obras *O estrangeiro* e *O mito de Sísifo*¸ em que Camus trata de desenvolver a genealogia do absurdo, e a fase positiva, delineada nas obras *A peste* e *O homem revoltado*. Não seria impossível falar de Camus sem falar de Nietzsche. No entanto, uma breve análise da herança nietzschiana na obra de Camus quer fazer, minimamente, jus à importância do filósofo alemão, presente nas entrelinhas dos contos e nas citações de seus diários desde os tempos em que Camus escrevia seus primeiros textos na Argélia. A divisão entre as ditas duas fases pode ser, sob um ponto de vista grosseiro, resumida a evolução do relacionamento que Camus mantinha com o pensamento de Nietzsche, tendo em vista que os temas do absurdo e da revolta, centrais das fases já mencionadas, são cada qual ao seu modo uma reação ao *amor fati* do filósofo alemão. A

primeira delas é uma manifestação camusiana de amor às coisas mundanas, à renúncia à terra prometida pelo cristianismo e a aceitação da ausência de um sentido quando Deus está morto, temas comuns em *Assim Falava Zaratustra*.

Na obra *O mito de Sísifo*, publicada em seguida a'*O estrangeiro* e se apresentando como uma sequência necessária que visaria explicar este romance, Camus aponta para uma liberdade absurda e reclama por um retorno à consciência, pelo qual se admite que o que é real se restringe a sentir e viver. Essa consciência é a liberdade absurda, pela qual a crença em uma liberdade prometida em uma vida celestial deve ser descartada em nome da aceitação de uma vida finita, de uma liberdade possível.

> Mergulhar nessa certeza sem fundo, sentir-se suficientemente alheio à sua própria vida para acrescentá-la e percorrê-la sem a miopia do amante, aí está o princípio de uma libertação. Essa independência nova tem um prazo, como toda liberdade de ação. Não passa de um cheque sobre a eternidade. Mas substitui as ilusões da liberdade, que se detinham todas na morte. A divina disponibilidade do condenado à morte diante do qual em certa madrugada as portas da prisão se abrem, esse incrível desinteresse por tudo, exceto pela chama pura da vida, a morte e o absurdo, são aqui, nota-se, os princípios da única liberdade razoável: aquela que um coração humano pode sentir e viver. (CAMUS, 2010b, p. 71).

Nota-se nas passagens citadas a tríade "pessimismo, revolta e adesão profunda ao mundo" (ALVES, 1998), comum aos pensamentos de Nietzsche e Camus. Negando-a ou afirmando-a, Camus se utiliza da filosofia nietzschiana para dar estrutura aos seus conceitos. A primeira das tarefas é a negação dos valores morais de uma sociedade de fé e uma apologia às coisas da terra, constantes d'*O mito de Sísifo* e d'*O Estrangeiro*. A fé em Deus e na sua promessa rejeita qualquer prazer terreno em nome de um além. A crítica ao cristianismo e à institucionalização de uma moral de rebanho são questões primordiais na obra nietzschiana. Como Nietzsche, Camus não nega a existência de um Deus: limita-se a apontar os males do desperdício do agora em nome de uma terra prometida. O amor às coisas da terra também está presente nos temas da juventude de Camus, como bem se depreende do conto *Amor pela vida*, em que se afirma que *não há amor de viver sem desespero de viver* (CAMUS, 2007, p. 100). A preocupação essencial desta fase inicial está focada na defesa de um amor incondicional pela vida, pelas suas belezas mundanas, impropriáveis e eternas, que fogem do poder do homem mortal. Camus e Nietzsche sabem que é honesto aceitar a condição de mortais em que se acham sem, contudo, abdicar de

viver. É o amor pelo homem, pela natureza e pela condição absurda em que se encontra que reivindica a necessidade urgente de amar o presente; é o prenúncio de uma revolta contra a morte, da afirmação da vida que unem esses dois autores.

Michel Onfray (2009) aponta que entre Camus e Nietzsche há muitos pontos em comum, em especial um pensamento nem otimista nem pessimista, mas trágico[11]. Importa que Camus, por intermédio da obra nietzschiana, trava determinante relação com a arte grega helenística, pela qual se dá importância ao impulso artístico não apenas na celebrada medida e harmonia que caracteriza a arte grega clássica, mas também a desmedida dionisíaca. Essa tensão entre os opostos Apolo e Dionísio, promovida pela tragédia grega, é essencial para a compreensão do pensamento tanto literário quanto filosófico do autor argelino.

A tragédia é, na tradição nietzscheana, o melhor modo de representar o mundo já que, diversamente do drama, não apelam a um maniqueísmo entre bem e mal, mas aponta para um equilíbrio entre essas forças que constituem a condição humana. É assim que as barreiras da ação individual estão quebradas: as ações dos homens devem visar à harmonia de uma ordem que exige limites (ALVES, 1998). Onfray, no mesmo sentido, dirá que o pessimista vê o pior em tudo, o otimista o melhor em cada coisa, enquanto o trágico não vê nem o melhor nem o pior, nem o bem nem o mal, nem o bom nem o mau, mas a realidade como ela é. (ONFRAY, 2009, p. 64).

A tragédia se caracteriza pelo enfrentamento de duas forças igualmente legítimas (GUÉRIN, 2009, p. 861). Observando-se o mito de Prometeu, pode-se dizer que, pela visão trágica, seu posicionamento é, ao mesmo tempo, justo e injusto e Zeus, que o oprime fortemente, também está em seu direito. Ambos são justificáveis, senão justos. Ninguém nunca tem razão absoluta. É por esse pensamento comedido, que vai além do maniqueísmo entre o certo e o errado, o bem e o mal do gênero melodramático, que Camus retoma o pensamento grego trágico.

---

[11] "Camus aime en Nietzsche le pessimiste qui refuse de s'avouer tel. Il voit son optimisme volontariste comme une tentative désespérée de ne pas sombrer dans le pessimisme. Il aurait pu récuser le caractère opératoire de l'opposition entre pessimiste et optimiste au profit d'une autre grille de lecture : **le pessimiste voit le pire partout, l'optimiste le meilleur dans chaque chose, alors que le tragique ne voit ni le meilleur ni le pire, ni le bien ni le mal, ni le bon ni le mauvais, mais le réel tel qu'il est – ce qui définit le tragique**." (ONFRAY, 2012, p. 64, grifo nosso).

Os romances camusianos se preocupam em expressar essas características. *O estrangeiro*, publicado em 1942, foi o primeiro de seus livros a fazer sucesso ao levantar questões pertinentes ao sentimento de incerteza da época, então Segunda Guerra.

4 O estrangeiro

O estrangeiro foi a forma romanesca encontrada por seu autor para explicitar as condições do homem em seu tempo. Meursault, funcionário de um escritório qualquer, é o narrador de seu próprio destino, que começa a ser de conhecimento do leitor a partir do enterro da mãe do personagem: *Hoje mamãe morreu. Ou talvez ontem, não sei bem. Recebi um telegrama do asilo: "Sua mãe faleceu. Enterro amanhã. Sentidos pêsames." Isso não esclarece nada. Talvez tenha sido ontem.* (CAMUS, 2009, p. 7). O personagem lacônico de Meursault recebe a notícia da morte da mãe com a mesma indiferença e formalidade com que lhe é dada a notícia.

Os que convivem com ele são personagens de sua vida burocratizada, cujos laços de amor e amizade dão lugar a relações contingentes e pouco importantes. Meursault parece manter a sua rotina sem quaisquer surpresas: *Pensei que passara mais um domingo, que mamãe agora já estava enterrada, que ia retomar o trabalho, e que, afinal, nada mudara*. (CAMUS, 2009, p. 27). O mundo, após a morte de sua mãe, continuava o mesmo: os transeuntes ainda passavam à vista da sacada de seu apartamento, as crianças ainda corriam para pegar o bonde, o mar ainda recebia os corpos bronzeados. Nada realmente mudara. Não há lugar para sobressaltos, para alterações, tampouco para qualquer revolta. As relações violentas entre o vizinho Salamano e seu pobre cachorro, o espancamento da mulher moura pelo infame Raymond, não causam qualquer tipo de sentimento de indignação no personagem-narrador.

Quando perguntado se gostaria de ser amigo de Raymond, lhe responde que "tanto fazia". Quando Marie lhe pergunta se a ama e se a desposaria, lhe responde que não, mas que se a ela agradaria a ideia de casamento, não via impedimentos para se casarem. Seu chefe propõe que seja transferido à Paris: *Disse que sim, mas que no fundo tanto fazia. Perguntou-me, depois, se eu não estava interessado em uma mudança de vida. Respondi que nunca se muda de vida; que, em todo caso, todas se equivaliam, e que a minha aqui não me desagradava em absoluto.* (CAMUS, 2009, p. 45). Meursault é um estrangeiro em sua própria terra, porque faz parte da condição de todo homem a nostalgia por um tempo perdido em que havia um Deus, uma unidade, a quem recorrer.

Raymond, o vizinho de quem Meursault ouvia confidências, acaba por ser seguido por um grupo de árabes ligados à moura que espancara. É então que, por uma casualidade, vê- se diante de um árabe na praia. Pensei que bastava dar meia-volta e tudo estaria acabado. Mas, atrás de mim comprimia-se toda uma praia vibrante de sol.

> [...]. Era o mesmo sol do dia em que enterrara mamãe e, como então, doía-me sobretudo a testa e todas as suas veias batiam juntas debaixo da pele. Por causa desse queimar, que já não conseguia suportar, fiz um movimento para a frente. Sabia que era estupidez, que não me livraria do sol se desse um passo. Mas dei um passo, um só passo à frente. E desta vez, sem se levantar, o árabe tirou a faca, que ele me exibiu ao sol. [...]. Esta espada incandescente corroía as pestanas e penetrava meus olhos doloridos. Foi então que tudo vacilou. O mar trouxe sopro espesso e ardente. Pareceu-me que o céu se abria em toda a sua extensão deixando chover fogo. Todo o meu ser se retesou e crispei a mão sobre o revolver. [...]. Compreendi que destruíra o equilíbrio do dia, o silêncio excepcional de uma praia onde havia sido feliz. (CAMUS, 2009, p. 62-63).

Armado com um revólver e, vendo reluzir a faca do árabe, sob a cruel indiferença do sol, Meursault dispara uma vez e, ainda, mais quatro vezes sobre o corpo inerte do árabe. Começa a segunda parte do livro: a do julgamento.

5 O julgamento: o judiciário à procura por um sentido

O julgamento de Meursault pode servir para uma melhor compreensão do que está por trás de algumas decisões atuais dos tribunais brasileiros.

A Meursault é designado um advogado, que o avisa de pronto acerca de um inquérito, por parte da promotoria, sobre fatos de sua vida antecedente ao assassinato. Descobriu-se que o acusado havia dado "provas de insensibilidade" durante o enterro da própria mãe. O advogado pergunta-lhe se havia sofrido durante o período de luto, ao que Meursault responde que *É claro que eu amava mamãe, mas isso não quer dizer nada. Todos os seres normais tinham, em certas ocasiões, desejado, mais ou menos, a morte das pessoas que amavam. A única coisa que ele podia afirmar era que preferia que mamãe não tivesse*

morrido. (CAMUS, 2009, p. 69). O defensor, incomodado com a postura do réu, aconselha-o a não dizer tal coisa em juízo. Meursault, na contramão das expectativas, afirma que não poderia dizer outra coisa que senão a verdade. Diz o narrador: *Comentei que essa história não tinha relação nenhuma com o meu caso, mas ele me respondeu que era óbvio que eu nunca me envolvera com a justiça.* (CAMUS, 2009, p. 70). Pergunta-lhe o juiz de instrução, em outro momento, se o réu acredita em Deus: *Respondi que não. Sentou-se, indignado. Disse-me que era impossível, que todos os homens acreditavam em Deus, mesmo os que lhe viravam o rosto. Essa era a sua convicção, e se algum dia viesse a duvidar dela, a sua vida deixaria de ter sentido.* (CAMUS, 2009, p. 73).

A experiência de Camus como jornalista, ainda na Argélia, garantiu-lhe, pela cobertura dos julgamentos que presenciou, uma melhor compreensão do *modus operandi* do judiciário. Meursault é um estrangeiro no mundo e um estrangeiro no tribunal, perante o júri e os operadores do direito. Poderíamos dizer que o judiciário, representado no romance na figura de um juiz que não se crê na possibilidade na ausência de crença em uma entidade superior, em um promotor que procura, a todo custo, cortar a cabeça de um homem que, no final das contas, é apenas um homem "igual a todos os outros", de um júri que, como passageiros de um bonde, olham com curiosidade a figura de um criminoso[12].

O questionamento sobre a morte da mãe – de quem não sabia a idade –, e depois a oitiva das testemunhas que confirmam a indiferença da personagem principal, são a base do argumento da acusação para demonstrar que Meursault é, para além de um assassino, um *criminoso incorrigível*. Como é possível que, durante o enterro da própria mãe, tenha fumado e tomado café com leite e, ainda mais, travado um relacionamento amoroso e tomado banho de mar no dia seguinte ao funeral?

Em determinada altura do julgamento, o promotor discursa acerca da alma do réu, como narra Meursault: *Dizia que tinha se debruçado sobre ela e que nada tinha encontrado.*

[12] A face de um judiciário que pouco se interessa pela fala do réu resta clara no episódio. O julgamento passa à parte, em paralelo à vida do réu. Meursault relata, em determinada passagem da narração, que o interesse do juiz de instrução pelo seu caso acabara após o primeiro interrogatório: "Parecia que o juiz já não se interessava por mim e que, de algum modo, tinha arquivado o meu caso. [...] Às vezes, quando a conversa era de ordem geral, eles também me deixavam participar". (CAMUS, 2009, p. 75).

Dizia que, na verdade, eu não tinha alma e que nada de humano, nem um único dos princípios morais que protegem o coração dos homens me era acessível. (CAMUS, 2009, p. 104).

Dizia o promotor, ainda, que

> No que se refere a esse tribunal, a virtude negativa da tolerância deve transformar-se na virtude menos fácil, mais elevada, da justiça. Sobretudo quando o vazio de um coração, assim como o que descobrimos neste homem, se torna um abismo onde a sociedade pode sucumbir. (CAMUS, 2009, p. 105).

Meursault nota que a preocupação do promotor está em castiga-lo não somente por seu crime, mas sobretudo porque não atende às expectativas do judiciário no que diz respeito à sua conduta moral: *foi então que começou a falar da minha atitude com relação a mamãe. Mas falou muito mais longamente nisto do que a respeito do meu crime*. (CAMUS, 2009, p. 105).

O judiciário, representado nas figuras do juiz de instrução e do promotor, serve como um exemplo de que persistem, nas instituições e na sociedade como um todo, o desejo de encontrar um sentido universal que justifique a vida e as ações. Quando perguntado sobre o motivo de estar na praia com uma arma no momento do encontro com o árabe, Meursault alega que foi por ordem do acaso. Para o promotor, não é possível que seja obra do acaso. É- lhe difícil, assim como o é para o judiciário, crer na irracionalidade e na contingência das situações: bem e mal ainda constituem a dualidade fundamental e insuperável da vida terrena, que possui um significado que a ultrapassa.

Meursault não explica – ou não pode explicar – conforme as regras do judiciário porque matou um árabe. Limita-se a dizer que atirou por causa do sol. Diferentemente dos demais estrangeiros do tribunal, o personagem-narrador reconhece a condição limitada e suscetível às situações *nonsense*, impassíveis de qualquer explicação razoável. Há, no livro de Camus, coisas para além da razão, para além do entendimento que se possa expressar nos autos. Camus não se preocupa em justificar o injustificável.

As cenas do processo d'*O estrangeiro* são uma sátira feroz ao sistema judiciário, sua composição dramática e sua falsa lógica. O judiciário da ficção – já não tão distante do judiciário da realidade –, não obstante a ausência de qualquer lógica ou justificativa na ação do réu e, porque não, na ordem como as coisas se dão em sua universalidade, atua na busca forçosa por um sentido para o deslanche do caso e, em uma perspectiva ampliada, na

própria existência do homem. Na contramão da pura contingência dos atos, o judiciário procura por um sentido, uma intenção – não é a toa que o procurador defende que o crime tenha sido premeditado – uma continuidade psicológica que faz da insensibilidade de Meursault ao funeral de sua mãe a causa de seu crime. *O estrangeiro*, aponta Sartre, pode ser entendido como uma denúncia da má-fé dos discursos estabelecidos, inclusive os institucionais, especialmente o do sistema judiciário, promotor de uma *justiça absurda que jamais poderá compreender ou apreender os fatos que se propõe punir.* (SARTRE, 2005, p. 125).

A história de Meursault, a este ponto, já toma contornos para além da ficção. Não haveria algo de perturbadoramente semelhante entre a decisão cínica do tribunal que condena esse personagem e aquelas decisões jurisprudenciais brasileiras que, arbitrariamente, insistem em qualificar as personalidades dos réus, de registrá-los perante a sociedade como *criminosos incorrigíveis*?

O personagem narrador não joga o jogo do judiciário e do júri que o compõe. Pelo contrário, adota uma atitude enigmática e passiva que determina sua exclusão dessa sociedade que o julga. E Meursault, com essas características, serve como bom bode expiatório para o judiciário, que o condena à morte. Preso, julgado, carregando o peso da morte do árabe e à sua própria condenação, Meursault sabe que é preciso aceitar as consequências de seus atos. Contudo, não o acompanha qualquer resignação. Sabe que ela se dá por meios tortos e se nega a contrariar suas certezas ao rejeitar a consolação da fé e de uma justiça que se pretende além-homem.

6 Conclusão

Mas, afinal, era Meursault culpado pela indiferença à morte da mãe? Sendo a resposta afirmativa, haveria legitimidade na sua judicialização?

Essas questões levantam problemas acerca da moral dos sujeitos e dos juízes que o julgam e, ainda, da posição que ocupa a própria moral no ordenamento jurídico. São problemas que dificilmente serão solucionados por completo. O que é certo é que Meursault, como afirma Sartre, *não era nem bom nem mau, nem moral nem imoral. Essas*

categorias não lhe convêm: ele faz parte de uma espécie muito singular à qual o autor reserva o nome de ***absurdo****.* (SARTRE, 2005, p. 117, grifo do autor). Meursault, o homem absurdo, está suscetível e indefeso à lógica binária do judiciário. Esse contraste entre realidades evidencia a necessidade de um retorno ao trágico como Camus o entendia.

Meursault está inserido em uma rotina burocrática, dividido entre o bonde, o almoço, o trabalho, cumprir a rotina. Está envolto em uma rotina maquinal moderna que pouco dá espaço para qualquer reflexão. Os homens podem ter os mais diversos motivos para cometerem um crime e, no Brasil, quem está à margem pode ter muitos. Desconsiderar as condições de miserabilidade socioeconômica[13], cultural e política em que vivem e, em seguida, atribuir a eles uma *personalidade criminosa* é, no mínimo, desonesto.

A partir da filosofia do absurdo camusiana, pode-se dizer que o judiciário se mostra como um aparato que procura se desligar do próprio homem e das coisas mundanas, que se afasta da compreensão de absurdidade comum a todos os homens. O judiciário ainda está à procura de um sentido: procura nos homens a certeza, a unidade, a personalidade clara e previsível. Os juízes, que tem o poder de decidir o destino dos homens, parecem pouco se familiarizar com a própria humanidade e sua absurdidade insuperável, que torna impossível ao homem identificar-se consigo mesmo.

O uso na jurisprudência do termo homem médio certamente tem sua funcionalidade prática, que se ajusta à necessidade de um parâmetro de objetividade para certas decisões. Uma parcela da jurisprudência se usa desse conceito de maneira distinta, o que evidencia um paradoxo no que diz respeito ao entendimento do homem médio como sujeito universal e objetivo: ele é utilizado como paradigma de correção moral para estigmatizar o réu, fazendo do homem médio um sujeito muito particular, adequado à subjetividade daquele que julga.

[13] Sobre *O estrangeiro*, PHILIPPI (2010) faz indispensável leitura a partir de perspectiva crítica que relaciona Direito e economia, que aqui não se alcançou. "Em um tempo no qual o projeto ultraliberal apresenta-se como expressão definitiva de um mundo *sem limite*, o ufanismo publicitário que valida o consenso em torno dessa *ordem sinistra* nos faz acreditar no anacronismo desse grito de alerta. Marcados pela lógica dessa deriva, os juristas – entendendo que o direito deve acompanhar os costumes – se empenham na produção de *um manual qualquer de felicidade*, certos de que, com método, chegarão à fórmula final para a distribuição das liberalidades necessárias à saciedade dos sujeitos úteis à reprodução das democracias de mercado." (PHILIPPI, 2010, p. 104, grifos do autor).

Assim, se por um lado o aparato judicial se mostre suscetível ao absurdo do mundo por meio de suas práticas, na medida em que busca pela unidade e pelo sentido, por outro indica que talvez ainda não seja *suficientemente* absurdo. O que resta de certeza é a necessidade de se reconhecer essa dubiedade mundana, sob pena de retornar-se aos tempos da fogueira inquisitorial.

7 Referências Bibliográficas

ALVES, Marcelo. **Camus**: entre o sim e o não a Nietzsche. 1998. Dissertação. Programa de Pós-graduação em Letras da Universidade Federal de Santa Catarina. 1998.

BAGEHOT, Walter. **The English Constitution.** Disponível em: <http://socserv2.socsci.mcmaster.ca/econ/ugcm/3ll3/bagehot/constitution.pdf. The English Second Edition 1873>. Acesso em: 15 mai. 2015.

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro.** Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BRASIL, **Código Penal de 1940**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 267-346.

BRASIL, **Supremo Tribunal De Justiça**. Agravo em Recurso Especial nº 664.915. Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 2015. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/diarios/88959909/stj-31-03-2015-pg-8700/pdfView>

BRASIL, **Supremo Tribunal Federal**, HC 116981 SP, Relator Min. Marco Aurélio, 2013. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23088816/medida-cautelar-no-habeas-corpus-hc-116981-sp-stf>. Acesso em: 15 mai. 2015.

BRASIL, **Supremo Tribunal Federal**, HC 91.506-0, Rel. Ricardo Lewandowski, 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=525871>. Acesso em: 15 mai. 2015.

BRASIL, **Supremo Tribunal de Justiça**, REsp 1395076 PE 2013/0274644-0, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 2014. Disponível em: <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/152085364/recurso-especial-resp-1395076-pe-2013-0274644-0>. Acesso em: 15 mai. 2015.

CAMUS, Albert. **O avesso e o direito.** Rio de Janeiro: Record, 2007.

_____. **O Estrangeiro.** Rio de Janeiro: Record, 2009.

_____. **O Mito de Sísifo.** Rio de Janeiro: Record, 2010

GOIÁS, **Tribunal de Justiça de Goiás**, Ação Penal nº 423349-09.2009.8.09.0039, Juiz Marcio Antônio Neves, 2014. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/diarios/76589773/djgo-suplemento-secao-iii-15-09-2014-pg-62/pdfView>. Acesso em: 15 mai. 2015.

GRANT, Carolina. A Manipulação Discursiva e a Figura do "Homem Médio" no Direito Penal. In: **Anais do XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI**. Florianópolis: Fundação BOITEUX, 2008. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/carolina_grant_pereira.pdf>. Acesso em: 15 mai. 2015.

GUÉRIN, Jeanyves et al. **Dictionaire Albert Camus**. Paris: Robert Laffont, 2009.

MORAN, Mayo. The reasonable person: a conceptual biography in comparative perspective. Lewis & Clark L. Rev.. p. 1233-1283, 2010. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2297553>. Acesso em: 15 mai. 2015.

SARTRE, Jean-Paul. **Explicação de O Estrangeiro.** In: Situações I: críticas literárias. São Paulo: Cosac Naify, 2005, p. 117-135.

ONFRAY, Michel. **L'Ordre libertaire**: la vie philosophique d'Albert Camus. Paris: Flamarion, 2009.

PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi. A forma e a força da lei: reflexão sobre um vazio. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). **Direito e Psicanálise: interseções a partir de "O estrangeiro" de Albert Camus.** Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2010

RECIFE, **Tribunal Regional Federal da 5ª Região**, AC 5180 PE 2004.83.00.001552-5, Rel. Des. Federal Ubaldo Ataíde Cavalcante, 2008. Disponível em: http://trf-5.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/847288/apelacao-criminal-acr-5180-pe-20048300001552-5>. Acesso em: 15 mai. 2015.

RIO DE JANEIRO, **Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro**, Ap 200900155360 RJ 2009.001.55360, Rel. Des. Celia Meliga Pessoa, 2009. Disponível em: <http://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5456776/apelacao-apl-200900155360-rj-200900155360-tjrj>. Acesso em: 15 mai. 2015.

RIO DE JANEIRO, **Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região**, RO 00018864320105010224 RJ, Roque Lucarelli Dattoli, 2013. Disponível em: <http://trt-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/114839768/recurso-ordinario-ro-18864320105010224-rj>. Acesso em: 15 mai. 2015.

SANTA CATARINA, **Tribunal de Justiça de Santa Catarina**, RC n.2014.087038-3, Rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, 2015. Disponível em: http://app6.tjsc.jus.br/cposg/servlet/ServletArquivo?cdProcesso=01000TELH0000&nuSeqProcessoMv=null&tipoDocumento=D&cdAcordaoDoc=null&nuDocumento=7765142&pdf=true>. Acesso em: 15 mai. 2015.

SÃO PAULO, **Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região**, RO nº 0002183-17.2011.5.02.0441, 2013. Disponível em: <http://trt-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24686533/recurso-ordinario-ro-21831720115020-sp-00021831720115020441-a28-trt-2/inteiro-teor-112155459>. Acesso em: 15 mai. 2015.

TAVARES, JUAREZ. **Direito Penal da Negligência**: Uma contribuição à teoria do crime culposo. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

O CORPO PROFESSORAL E O ENSINO DO DIREITO NO RASTRO DA CRÍTICA DE PIERRE BOURDIEU

Rose Dayanne Santos de Brito[*]

Palavras-chave: ensino-aprendizagem; professor; ensino do direito.

Resumo: O presente artigo propõe identificar no processo de Ensino-Aprendizagem a figura do docente. As ideias de Pierre Bourdieu constituem o núcleo teórico desta investigação e criam a possibilidade de uma releitura pedagógica sobre o modelo tradicional de ensino. As críticas de Bourdieu encontram o construtivismo pedagógico de Paulo Freire através dos conceitos de "violência simbólica" e "educação bancária". Nesse sentido, o texto busca repensar o lugar do professor e o ato de ensinar na sala de aula a partir das considerações de Pierre Bourdieu sobre o corpo professoral. Ao final, a pedagogia crítica se confronta com o ensino jurídico no Brasil.

Keywords: teaching and learning; teacher; teaching of law.

Abstract: The present article proposes to identify in the Teaching-Learning Process the figure of teaching. The ideas of Pierre Bourdieu constitute the theoretical core of this investigation and create the possibility of a pedagogical reinterpretation of the traditional model of teaching. The criticisms of Bourdieu encounter the pedagogical constructivism of Paulo Freire through the concepts of "symbolical violence" and "banking education". In this sense, the text seeks to re-think the place of the teacher and the act of teaching in the classroom from considerations of Pierre Bourdieu on the professorial corps. At the end, the critical pedagogy is faced with legal education in Brazil.

[*] Mestranda em Direito na UFSC com bolsa da CAPES, na linha Teoria, Filosofia e História do Direito. Currículo Lattes: http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K4445165J0.

1 Introdução

Este artigo tem como objeto temático o professor. O estímulo para escrevê-lo partiu, sobretudo, dos debates que ocorreram na disciplina "Fundamentos e Metodologia da Educação" no mestrado da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Para contextualizar as discussões, será feito inicialmente, um resgate das várias abordagens do processo de ensino-aprendizagem.

A importância e o caráter inovador do texto estão no aprofundamento acerca da crítica "reprodutivista"[1] de Pierre Bourdieu e Jean-Claude Passeron. A partir da leitura do livro "A Reprodução" e, dos debates nas aulas, surgiu o interesse em pesquisar outras obras cujo foco de análise fosse o processo educativo. O desejo de encontrar mais literatura escrita por Bourdieu sobre o fenômeno educacional, logo se uniu ao assombro pela quantidade de obras publicadas. E escolhe-lo como matriz teórica para escrever este trabalho traz vários desafios, assim como, limitações. Até porque "lidar com Bourdieu não é nada fácil, pois seus trabalhos abrangem temas muitos variados: das artes às ciências, da política aos esportes, da família à educação, da economia à literatura" (BURAWOY, 2010, p.12).

De igual maneira, a bibliografia básica da disciplina nos lançou ao encontro simultâneo dos livros de Paulo Freire, o que gerou inquietações diversas: desde o intento em esclarecer as aproximações à necessidade de estabelecer as diferenças entre Bourdieu e Freire. Antecipando uma das conclusões dos debates, ficou sugerido que a diferença entre esses autores seria basicamente a natureza descritiva do primeiro ("descrever o mundo/sistema educacional como ele é") e do caráter prescritivo do segundo ("o mundo/ sistema educacional como deve ser"). Há, porém, múltiplas formas de interpretar o pensamento destes dois autores e diversas correlações entre a "crítica reprodutivista" e a "pedagogia da autonomia".

Neste texto, identificamos as semelhanças principalmente a partir dos conceitos de "violência simbólica" (Bourdieu) e "consciência bancária" (Freire). Quanto aos distanciamentos, ressaltamos desde a linguagem utilizada, uma erudita e a outra

[1] A expressão tem um caráter simplista. Para mais informações ver: VALLE, I. R.. Ler Homo academicus. In: *Homo academicus*. Trad. de Ivone Ribeiro Valle e Nilton Valle. Florianópolis: Ed. da UFSC, 2011.

inteligível,assim como, as diversas pretensões teóricas e práticas destes autores. É necessário pontuar, entretanto, que há em Bourdieu uma mudança significativa nos últimos textos o que atenua a diferença apontada acima. Segundo Burawoy, "apenas no final da vida, quando ele [Bourdieu] ingressou mais francamente na arena pública, é que seus escritos se tornaram mais abertamente politizados e transparentes" (2010, p. 12). Fica evidente, portanto, que apesar de criticar o homo academicus, os textos de Bourdieu têm como leitor o público universitário, enquanto Freire já atua politicamente ao subscrever a "língua certa do povo" (BANDEIRA, 1998, p.133-136). É no fim da vida que Bourdieu desperta do sono estruturalista[2] e sinaliza reconhecer que "os filósofos só interpretaram o mundo de diferente maneira; do que se trata é de transformá-lo" (MARX; ENGELS, 1998, p.103).

Com Bourdieu aprendemos que o docente e a Universidade reproduzem "[...] a lógica própria de um sistema que tem por função objetiva conservar os valores que fundamenta a ordem social" (BOURDIEU, 2011, p. 56). No entanto, ao final do texto, vamos ao encontro de Warat, para pensar as possibilidades do "professor- afectoterapeuta".

2 O professor e o processo de ensino-aprendizagem

Existem várias sistematizações que analisam as abordagens do processo de ensino-aprendizagem. O elemento comum entre elas é indicar as mudanças teóricas e práticas que ocorreram no ensino seja a partir da relação professor-aluno, das teorias do conhecimento e/ou das transformações socioculturais.

No livro "Ensino: as abordagens do processo", Mizukami realiza um estudo detalhado sob o prisma de cinco abordagens que influíram no Brasil, a saber: tradicional, comportamentalista, humanista, cognitivista e sócio-cultural. Na introdução, a autora já adianta os perigos de interpretações reducionistas e descontextualizadas acerca dessas teorias. O professor, na abordagem tradicional, é o ser detentor do conhecimento e o aluno um sujeito meramente passivo, uma vez que "o papel do professor está intimamente ligado

[2] No livro "La reproduction" (A Reprodução) de 1970, o autor demonstra o ciclo vicioso da violência simbólica (reproduzida pelas estruturas sociais), ao passo que no texto "Pour un savoir engagé" (Por um conhecimento engajado) de 1999 existe uma abertura para pensar o intelectual e a constituição de uma nova forma política.

à transmissão de certo conteúdo que é predefinido e que constitui o próprio fim da existência escolar" (MIZUKAMI, 1986, p. 15). Na abordagem comportamentalista, há um enfoque empirista e o pressuposto de que o homem está condicionado ao meio em que vive. "O professor, neste processo, é considerado como um planejador e um analista de contingências ou mesmo, como se denominou mais recentemente, um engenheiro comportamental" (MIZUKAMI, 1986, p. 32).

No cinema, podemos fazer referência ao filme alemão "A Onda" (Die Welle), dirigido por Dennis Gansel, para visualizar a abordagem comportamentalista. O professor Rainer Wenger estabelece uma didática bastante temerária para ensinar o assunto "autocracia"
em uma turma de ensino médio, porém a experiência, que consistia em compor relações reais de natureza fascista, acaba saindo do controle. A sociedade é ameaçada e o professor termina preso. Para exemplificar a abordagem tradicional, ratificamos a analogia do professor José Garcez Ghirardi no texto "O instante do encontro: questões fundamentais para o ensino jurídico". Nele, Ghirardi faz referência ao filme "The paper Chase", especialmente a figura de Kingsfield, professor de Harvard, que utiliza métodos tirânicos, pois acredita possuir o conhecimento científico e ter por função "formar cérebros".

Em oposição a estas abordagens, a humanista desloca a figura central para o sujeito: o aluno. "O professor, nessa abordagem, assume a função de facilitador da aprendizagem, e nesse clima facilitador, o estudante entrará em contato com problemas vitais que tenham repercussão na sua existência." (MIZUKAMI, 1986, p. 52) Nesse sentido, o docente potencializa as habilidades e competências partindo da experiência e autoconstrução do aluno. Na mesma direção, a abordagem cognitivista considera o estudante como o protagonista do processo de ensino, mas estabelece um forte interacionismo com o mundo, a cultura e a história. Um dos teóricos mais conhecidos é Piaget cuja pretensão era relacionar o conhecimento a descobertas e estímulos criativos pela experiência. Assim sendo, "cabe ao professor evitar rotina, fixação de respostas, hábitos. Deve simplesmente propor problemas aos alunos, sem ensinar-lhes as soluções. Sua função consiste em provocar desequilíbrios, fazer desafios" (MIZUKAMI, 1986, p. 77).

Um personagem cinematográfico que incorpora as características da proposta humanista é o professor John Keating (interpretado por Robin Williams) no filme "A

sociedade dos poetas mortos". Os métodos de ensino, deste criativo professor de literatura, vão de encontro às estruturas tradicionais da Escola, contudo isto não o impede de provocar nos estudantes o desejo de encontrar a si mesmos e a lutar pelos sonhos que anseiam. Referente à abordagem cognitivista, indicamos a título de exemplo, o professor Eugene Simonet do filme "A Corrente do Bem", em razão de romper com o ensino convencional propondo aos estudantes da 7ª série o desafio de se transformar em "pensadores globais". Nessa perspectiva, ele apresenta um problema para os alunos na aula de Estudos Sociais que consiste em: "ter uma ideia para mudar o mundo. E colocá-la em prática." As pesquisas dos estudantes perpassam desde a cooperação nas relações sociais aos mecanismos individuais de elaboração de hipóteses.

Ao final do livro, Mizukami dedica-se a fundamentar a abordagem sócio-cultural. A referência central dessa teoria é Paulo Freire e, ainda hoje, essa tendência é admirada pelas conquistas da alfabetização de adultos e pelo fato de não desvencilhar o caráter político-econômico da educação. Assim, o professor que estiver "engajado numa prática transformadora procurará desmitificar e questionar, com o aluno, a cultura dominante, valorizando a linguagem e cultura deste, criando condições para que cada um deles analise seu contexto e produza cultura" (MIZUKAMI, 1986, p. 99). Como arquétipo do método freireano, é digno de menção o documentário "40 Horas na Memória: Resgate da Experiência dos Alunos de Paulo Freire em Angicos/RN"[3], elaborado pela Universidade Federal Rural do Semi-Árido (UFERSA).

Subsequente à apresentação das abordagens do processo de ensino-aprendizagem, com base na classificação de Mizukami, restam ainda alguns questionamentos. Primeiro, como se configura o ensino jurídico brasileiro em relação às propostas mencionadas? Segundo, há outras referências teóricas para compreender o processo de ensino-aprendizagem? A primeira pergunta potencializa a indicação de uma extensa bibliografia sobre o estudo das crises na educação jurídica brasileira, porém, como não é o foco do nosso trabalho, apenas ressaltamos que "o ensino do Direito continua adotando basicamente a mesma metodologia da época de sua criação: a aula-conferência. É ela a técnica preferencial do ensino tradicional" (RODRIGUES, 2005, p.53). No tocante às outras

[3] Para maior detalhe ver: http://angicos50anos.paulofreire.org/

fundamentações pedagógicas, será feito uma breve referência a Ghiraldelli Jr. e Edgar Morin, pois ambos rompem com o paradigma cartesiano.

2.1 Giros distintos na teoria educacional

O professor de Filosofia Contemporânea Paulo Ghiraldelli Jr. realiza uma sistematização diferente para compreender as abordagens do processo de ensino aprendizagem. No texto "A teoria Educacional no Ocidente: entre modernidade e pós-modernidade", ele identifica três revoluções na teoria educacional e uma quarta que estaria em curso.

Essas transformações podem ser evidenciadas pelos seguintes pensadores: Herbart, Dewey e Paulo Freire. A quarta perspectiva, intitulada de "pós-moderna", encontra em Richard Rorty e Donald Davidson sua expressão. Segundo Ghiraldelli, "cada uma dessas revoluções girou em torno da emergência de um elemento-chave na discussão entre os filósofos da educação: em Herbart, a emergência da mente; em Dewey, a emergência da democracia; em Freire, a emergência do oprimido" (GUIRALDELLI JR, 2000, p. 32). É interessante notar a relação existente entre a teoria educacional e a filosofia ocidental, nesse sentido a própria fundamentação na linguagem, desenvolvida pelo Linguist Turn, abre novos horizontes para pensar a prática educacional.

Como o objetivo deste trabalho é enfatizar a figura do docente, faz-se necessário destaca-lo à luz das teorias mencionadas. Nesse aspecto,

> "Segundo a teoria herbartiana, o professor, após a preparação, já pode apresentar aos alunos o novo assunto, os conceitos morais, históricos e científicos que serão a matéria do processo de ensino-aprendizagem, constituindo-se no carro-chefe do processo mental despertando interesses. A teoria deweyana, ao contrário, acredita que o carro-chefe da movimentação psicológica são os interesses e que estes são despertados pelo encontro entre dificuldades e a delimitação de problemas. Assim, para Dewey, da atividade seguem-se a enumeração e a eleição de problemas. Paulo Freire concorda com Dewey, mas acredita que os problemas não são tão motivantes quanto os "temas geradores" - as palavras-chave colhidas no seio da comunidade de educandos e que podem despertar a atenção destes, uma vez que fazem parte de suas atividades vitais" (GUIRALDELLI JR, 2000, p. 34).

Da ênfase educacional centrada na resolução de problemas, é possível distinguir tanto as abordagens entre Dewey e Freire, como expande o debate para a diferenciação entre aaprendizagem baseada em problemas (ABP) e a problematização. Enquanto a primeira exige uma nova configuração na estrutura curricular, a segunda equivale a uma metodologia de ensino, ou seja, pode ser incorporada através da estratégia didática do professor. As "origens filosóficas da ABP encontram suas raízes na teoria do conhecimento do filósofo americano John Dewey" (CYRINO; TORALLES-PEREIRA, 2004, p. 782). Por sua vez, "a problematização tem, nos estudos de Paulo Freire, a sua origem, enfatizando que os problemas a serem estudados precisam valer-se de um cenário real" (CYRINO; TORALLESPEREIRA, 2004, p. 783).

Muito se tem debatido sobre a proposta de um curso de Direito no formato de PBL, embora não seja o intuito deste texto caminhar por estas veredas, é interessante refletir na provável mudança da relação professor-aluno. Os defensores do PBL acreditam que este modelo possibilita mais autonomia para o aluno, mas quem garante que os problemas que nós (alunos) temos interesse em resolver serão aqueles pré-determinado pela Comissão do curso (?), ou ainda, quem assegura que a elaboração dos problemas não estará condicionada a questões ideológicas; afastando, consequentemente, a atuação do professor. Nessa linha de raciocínio, ratifico o entendimento de que "o problema é mais abrangente na problematização, formulando-se pela observação de uma realidade com todas as suas contradições, enquanto na ABP o problema é apresentado aos alunos pelo professor-tutor" (CYRINO; TORALLESPEREIRA, 2004, p. 785, grifo nosso). Para os defensores, ao contrário, o PBL proporciona um ensino menos ideológico. Não seria este método, portanto, mais um rizoma do mito da neutralidade científica? O êxito do PBL nas Faculdades de Medicina não se transfere indubitavelmente para a educação jurídica. O Direito ainda é uma ciência social[4].

A crítica ao paradigma cartesiano também pode ser encontrado nas obras de Edgar Morin, que diferente de Ghiraldelli Jr., não centraliza o prisma linguístico para entender a

[4] Acerca desses questionamentos Löwy entende que "Dilthey se dá conta de que a ciência social é atravessada por uma profunda contradição. Por um lado, ela aspira ao conhecimento objetivo, ao conhecimento válido, mas, por outro lado, cada obra científica é vinculada a uma visão de mundo. Essa visão de mundo exprime uma maneira limitada, parcial, unilateral, de conhecer a realidade; uma maneira determinada por um horizonte (ele utiliza essa expressão: horizonte) que impõe certos limites ao conhecimento" (2010, p. 82).

contemporaneidade, mas sublinha a incerteza do conhecimento com fundamento no paradigma da complexidade. Para Morin, "necessitamos encontrar os metapontos de vista sobre a noosfera, que só podem ocorrer com a ajuda de ideias complexas, em cooperação com as próprias mentes, em busca dos metapontos de vista para auto-observar-se e conceber-se" (2000, p. 32). O pensamento sistêmico tem sido uma ferramenta relevante nos debates acercado ecossistema e da educação ambiental. Nessa linha de raciocínio, é bastante ilustrativo o diálogo que ocorre no filme "O Ponto de Mutação" entre a cientista Sônia Hoffman e o político Jack Edwards sobre: o que é uma árvore?

O estudo das abordagens do processo de ensino-aprendizagem precisa ser contextualizado com o momento histórico em que foram construídas, além disso, é desnecessária a hierarquização entre elas. Até porque, os pressupostos e objetivos são distintos. Logo, o professor não precisa estar exclusivamente preso a uma proposta teórica, pelo contrário, é a pluralidade que poderá suprir os pontos-cegos de determinada concepção. O docente ao fazer uso de várias estratégias pedagógicas rompe o reprodutivismo escolar ou universitário? Em outras palavras,

> poder-se-ia nos perguntar, finalmente, se a escola não poderia ser prática e concretamente um laboratório de vida democrática. *Obviamente, tratar-se-ia de democracia limitada, no sentido de que um professor não seria eleito por seus alunos*, de que a necessária autodisciplina coletiva não poderia eliminar a disciplina imposta e igualmente no sentido de que a igualdade de princípio entre os que sabem e os que aprendem não poderia ser abolida. Todavia (e de qualquer maneira a autonomia adquirida o pede, pela faixa etária dos adolescentes), a autoridade não poderia ser incondicional, e poderiam ser instauradas regras de questionamento das decisões consideradas arbitrárias, especialmente com a instituição de um conselho de classe eleito pelos alunos, ou mesmo por instâncias de arbitragem externas. A reforma francesa dos liceus, realizada em 1999, instaura este tipo de mecanismo. Mas, sobretudo, *a sala de aula deve ser um local de aprendizagem do debate argumentado, das regras necessárias à discussão, da tomada de consciência das necessidades e dos procedimentos de compreensão do pensamento do outro, da escuta e do respeito às vozes minoritárias e marginalizadas. Por isso, a aprendizagem da compreensão deve desempenhar um papel capital no aprendizado democrático* (MORIN, 2000, p. 112-113, grifo nosso).

O reconhecimento da autoridade do professor no processo de ensino, as hierarquias institucionalizadas pelos Colégios e Faculdades, as próprias regras estabelecidas socialmente nos encaminham ao encontro do cenário da reprodução de

valores e da dominação. Para nos acompanhar nesse caminho, escolhemos o autor de "La reproduction".

3 A crítica de Pierre Bourdieu

Pierre Félix Bourdieu (1930-2002) foi docente da École de Sociologie du Collège de France e publicou mais de 40 textos cuja abrangência permeia os vários campos do conhecimento[5]. Foi um sociólogo destacado na Academia e trouxe elementos essenciais para a compreensão do mundo atual. "Valendo-se de um estilo hermético, de uma linguagem relativamente austera, que traz a marca do filósofo, Bourdieu produz uma sociologia crítica que procura compreender as relações entre cultura, ciência, escola, mídia e reprodução social [...] (VALLE, I., 2011, p. 14).

O primeiro livro que se tornou um clássico foi escrito com Jean-Claude Passeron e publicado em 1970, "A reprodução: elementos para uma teoria do sistema de ensino". O tema

é a educação e, a partir dele, iniciamos a examinar a teoria de Bourdieu. No prefácio da obra,

já há uma recado ao leitor, pois "de todas as maneiras possíveis de ler este texto, a pior seria sem dúvida a leitura moralizante [...]" (BOURDIEU; PASSERON, 1982, p. 12). De igual maneira, as terminologias criadas por Bourdieu constituem um vocabulário próprio que permeia grande parte de suas obras, por exemplo, os conceitos de campo, habitus e violência simbólica. É interessante um conhecimento prévio das definições terminológicas, não obstante o autor reconhece o caráter plural de interpretar estes conceitos[6] e tenta esclarecê-los ao longo dos textos.

Um dos apontamentos mais impactantes do livro é a afirmação de que: "toda **ação pedagógica** (AP) é objetivamente uma violência simbólica enquanto imposição, por um

[5] Para mais informações sobre suas obras ver: http://www.bourdieu.com.br/p/artigos-de-bourdieu.html

[6] A criação de conceitos indica uma característica filosófica de Bourdieu, quer dizer, isso para aqueles que acreditam que "o filósofo é amigo do conceito, ele é conceito em potência. Quer dizer que a filosofia não é uma simples arte de formar, de inventar ou de fabricar conceitos, pois os conceitos não são necessariamente formas, achados ou produtos. A filosofia, mais rigorosamente, é a disciplina que consiste em criar conceitos" (DELEUZE; GUATTARI, 1992, p.13, grifo nosso).

poder arbitrário, de um arbitrário cultural" (BOURDIEU; PASSERON, 1982, p. 20). Nessa linha de argumentação, a escola não pode ser entendida como um ambiente de plena liberdade, pois ela está condicionada a reproduzir o arbitrário cultural e de classe. A referência às classes sociais faz com que muitos identifiquem Bourdieu a um pensador marxista. Isso tem bastante divergência e perigos, pois qualquer teórico que critica o sistema, digo, a estrutura capitalista, é logo taxado de marxista. É relevante compreender que embora haja várias correntes marxistas, há, entre elas, pressupostos teóricos e metodológicos comuns. O vínculo de Bourdieu com o marxismo será posteriormente esclarecido. É indispensável entender que o viés classista da educação que pontuamos acima significa para Bourdieu "um grupo ou uma classe [que] produz aquilo que é digno de ser reproduzido, tanto por sua existência mesma quanto pelo fato de delegar a uma instância a autoridade indispensável para reproduzir" (BOURDIEU; PASSERON, 1982, p. 39).

Para o sociólogo francês, toda AP (ação pedagógica) implica necessariamente em uma AuP (autoridade pedagógica). Com base nisso, o professor sempre estaria reproduzindo violência simbólica na sala de aula. Há quem entenda que a democracia atual, fez com que os elementos autoritários na sociedade e no ensino fossem superados. Bourdieu, por sua vez, já alertava:

> as transformações das relações de autoridade são correlativas de uma transformação das relações de força capaz de levar consigo uma elevação do limiar da tolerância relativo à manifestação explícita e brutal do arbitrário. Assim, *em universos sociais tão diferentes como a igreja, a escola, a família, o hospital psiquiátrico, ou mesmo a empresa ou o exército, verifica-se em todos a tendência para substituir a "maneira forte" pela "maneira suave" (métodos não diretivos, diálogo, participação, relações humanas, etc.). Isto mostra, com efeito, a relação de interdependência que constitui em sistemas as técnicas de imposição da violência simbólica*, características do modo de imposição tradicional assim como daquele que tende a substituí-lo na mesma função (1982, p. 31-32, grifo nosso)[7].

O debate na disciplina "Fundamentos e Metodologia da Educação" promoveu um salto, pois reconhecendo o caráter reprodutivista do docente nasceu a inquietação e a

[7] É interessante comparar ar ideia de "violência simbólica" de Bourdieu com o "poder disciplinar" de Foucault, para quem: "o hospital, primeiro, depois a escola, mais tarde a oficina (...) foram aparelhos e instrumentos de sujeição. Foi a partir desse laço, próprio dos sistemas tecnológicos, que se puderam formar no elemento disciplinar a medicina clínica, a psiquiatria, a psicologia da criança, a psicopedagogia, a racionalização do trabalho" (FOUCAULT, 1987, p. 196).

responsabilidade de saber o que está sendo reproduzidos por nós, professores. Ademais, é significativo admitir que não apenas reproduzimos, mas também somos produto de uma educação rotinizada. Afinal, faz parte do "ciclo de reprodução pedagógica na tendência de todo *corpo professoral* para retransmitir o que ele adquiriu segundo uma pedagogia tão semelhante quanto possível àquela da qual ele é o produto" (BOURDIEU; PASSERON, 1982, p. 69, grifo nosso).

Chega-se a conclusão, que "o campo universitário reproduz na sua estrutura o campo do poder cuja ação própria de seleção e de inculcação contribui para reproduzir a estrutura" (BOURDIEU, 2013, p. 70). Nessa direção, é conveniente pensar a atuação do professor no sistema de avaliar os estudantes, pois é como se "o professor se autorizasse da ficção escolar para julgar, à maneira de um crítico literário ou artístico não a aptidão técnica para se conformar às exigências rigorosamente definidas, mas uma disposição global, a rigor indefinível [...]" (BOURDIEU, 2011, p. 196). As abordagens educacionais mais atualizadas tentam romper com o critério meramente certificatório e sugerem o modelo de avaliação continuada, vinculada a métodos plurais e participativos, a fim de desenvolver várias habilidades e competências nos alunos.

Nas obras iniciais, Bourdieu visualiza o campo do poder inerente ao campo educacional, contudo, nos últimos textos, é viável encontrar certa possibilidade de transformação pela atuação do intelectual engajado. Em 1966, ele afirmava que: "a igualdade formal que pauta a pratica pedagógica serve como máscara e justificação para a indiferença no que diz respeito às desigualdades reais diante do ensino e da cultura transmitida, ou, melhor dizendo, exigida" (2011, p. 53). Já em 1999, ele começou um texto com o seguinte questionamento: "os intelectuais e, mais precisamente, os pesquisadores, e mais precisamente ainda, os especialistas em ciências sociais podem e devem intervir no mundo político e sob que condição podem fazê-lo eficientemente?" (2001, p. 36). Esta proposição pode implicar diversos pontos de vistas, optamos por seguir uma vereda um tanto otimista, mas, sobretudo transformadora, pois de certa forma até Bourdieu o foi, ao admitir que "[...] a sociologia pode ser um dos contrapoderes críticos, capazes de se opor eficazmente a poderes que se baseiam cada vez mais na ciência, real ou suposta, para exercer ou legitimar o seu império" (2011, p. 247).

3.1 Bourdieu encontra Paulo Freire

Nesta seção, pretende-se esclarecer duas questões mencionadas na introdução do texto. Primeiramente, qual a relação entre Bourdieu e o marxismo (?); segundo, quais as proximidades teóricas entre Bourdieu e Freire?

Em 1993, o professor Sérgio Lessa publicou um texto em que buscava sistematizar as correntes e os autores ditos "marxistas", pois entendia que havia uma "enorme quantidade de vertentes teóricas que se assumem enquanto marxistas (desde os "ortodoxos" até os "marxistas analíticos") [...]" (LESSA, 1993, p. 2). No texto, ele faz menção ao livro "A Reprodução" de Bourdieu e Passeron compreendendo esta teoria dentro da corrente do "marxismo estruturalista", o qual é bastante criticado pelos autores marxistas que resguardam o método marxiano[8]. Nessa direção, Lessa fundamenta sua divergência partindo da observação que:

> nas formulações de Bourdieu e Passeron, onde o arbitrário cultural parece jogar o papel predominante na história, a esfera da subjetividade é inevitavelmente determinada pela base material. Os indivíduos e as ações humanas não são mais os elementos fundantes do ser social, mas sim Träger, suportes, dos movimentos estruturais (LESSA, 1993, p. 22).

Seguindo a leitura de Lessa, Bourdieu pode ser considerado um pensador marxista apenas sob o viés do "marxismo estruturalista"; não como um teórico que segue o método marxiano, ou seja, a dialética com fundamentação ontológica. Recentemente e, com uma perspectiva diversa, o professor Michael Burawoy publicou o livro "O marxismo encontra Bourdieu" cujo propósito é aproximar Bourdieu dos seguintes pensadores: Marx, Gramsci, Fanon, Beauvoir e Wright Mills. No prefácio do livro, ele explica:

> como sociólogo, Bourdieu havia se digladiado com o marxismo durante boa parte da
>
> sua vida; e a presença do marxismo ficou inscrita em seus volumosos trabalhosinscrita, porém, escassamente reconhecida. Minha proposta seria então restaurar (inventar? imaginar?) essas conversas reprimidas entre Bourdieu e o marxismo (BURAWOY, 2010, p. 11).

[8] Para maior detalhe ver: COUTINHO, Carlos Nelson. *O Estruturalismo e a Miséria da Razão*. 2ª. Ed. Posfácio de José Paulo Netto. São Paulo: Expressão Popular, 2010.

Para responder a segunda questão mencionada, a saber, a relação entre Bourdieu e Freire, verifica-se uma proximidade tendo como ponto de partida o conceito de "violência simbólica" e a "consciência bancária" da educação. Para o sociólogo francês, a ação pedagógica é exercida através da violência simbólica com a atuação de uma autoridade pedagógica, e o educador brasileiro constata que "o professor ainda é [visto como] um ser superior que ensina a ignorantes. Isto forma uma consciência bancária. O educando recebe passivamente os conhecimentos, tornando-se um depósito do educador" (FREIRE, 1979, p. 38). É sobre o conteúdo crítico à figura do professor e ao modelo educacional que estes teóricos dialogam. Além do mais, ambos não acreditavam em uma educação neutra, até porque "a neutralidade científica pode assim contribuir para conferir ao discurso esse acréscimo de violência que dá à polêmica filtrada do ódio acadêmico o apagamento metódico de todo sinal exterior de violência" (BOURDIEU, 2013, p. 49).

4 Do cemitério jurídico ao professor "afectoterapeuta"

Com a pretensão de contextualizar as abordagens teóricas referidas com a educação jurídica escolhemos como interlocutor, o jus-filósofo argentino-brasileiro: Luis Alberto Warat. Em uma de suas ilustrativas metáforas, ele faz alusão à paz tranquilizadora dos cemitérios e as Faculdades de Direito.

A educação jurídica perpassa desde o "senso comum teórico dos juristas" ao processo de "pinguinização" dos estudantes. Refletindo sobre a função do professor no processo de ensino-aprendizagem, Warat pergunta "como é possível ensinar sem ser autoritário?" e, em seguida, responde:

> "Devo confessar que esta pergunta me preocupa desde há muito tempo. Esbocei, com uma resposta que me conforma transitoriamente, a tese de que o docente é menos autoritário na medida em que vai conseguindo tornar tênues as fronteiras entre pedagogia e a terapia, na medida em que ensina as pessoas a desenvolverem sua capacidade crítica, sua autonomia frente ao saber. O professor precisa mostrar ao aluno como empregar o saber para a formação de seu espírito autônomo. O professor precisa ajudar o aprendiz existencial a transformar o saber num sonho criativo e não deixá-lo com a passividade de uma vaca olhando o trem passar. Sempre me espantei quando via em meus alunos esse olhar de vaca. Era o sinal de que estava eu, sem querer, repetindo os gestos de alguns de meus mestres. O destino de um professor, que quer deixar de ser autoritário, é muito simples, consiste em ter sempre presente que o fundamental que se deve mostrar ao aluno é a possibilidade de que ele mesmo deve ser o produtor de suas necessidades e dos meios para atingi-las, mostrando ao aluno que a felicidade está no prazer de tentar realizar os nossos sonhos" (WARAT, 2004, p. 214-215).

Após ler a interpretação de Warat sobre a importância do professor no ensino, é conflituoso considerar apenas o enfoque do docente como reprodutor social. Por isso, a relevância de apresentar a pluralidade de teorias. Se hoje os estudantes se sentem livre ao ler os textos de Warat, de certa forma, é porque ele na *persona* de um professor traz, de forma imaterial, felicidade aos alunos. Nesse sentido, ele é um "afectoterapeuta que não julga nem culpa, simplesmente desenvolve o abraço carinhoso da palavra" (WARAT, 2004, p. 204).

5 Considerações finais

A ideia deste trabalho foi comparar as diversas teorias educacionais com o enfoque no papel do professor. Várias perspectivas foram construídas, desde o *corpo professoral* que reproduz violência simbólica, ao professor- "afectoterapeuta". Por fim, ambas assinalam as transformações sociais e, principalmente, a necessidade de repensar a sala de aula e o modelo do ensino jurídico brasileiro. Não se trata apenas de criar rupturas radicais com o modelo tradicional, mas aperfeiçoa-lo, criando pontes com outras abordagens de ensino, possibilitando ao estudante ser o protagonista da sua aprendizagem. O método de abordagem utilizado pela pesquisa foi o dedutivo, já que não foi realizada pesquisa empírica.

6 Referências bibliográficas

BANDEIRA, Manuel. **Estrela da vida inteira**. São Paulo: Círculo do Livro, 1998.

BOURDIEU, Pierre. **Homo academicus.** Trad. de Ivone Ribeiro Valle e Nilton Valle. Revisão Técnica Maria Tereza de Queiroz Piacentini. 2. Ed. Florianópolis: Ed. da UFSC, 2013.

_____. A escola conservadora: as desigualdades frente à escola e à cultura. In: NOGUEIRA, M. A.; CATANI, A. (Org.) **Escritos de educação**. 12 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011. p. 39-64.

_____. As categorias do juízo professoral. In: NOGUEIRA, M. A.; CATANI, A. (Org.) **Escritos de educação**. 12 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011. p. 185-216.

_____. Medalha de ouro do CNRS 1993. In: NOGUEIRA, M. A.; CATANI, A. (Org.) **Escritos de educação**. 12 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011. p. 239-247.

_____. **Por um conhecimento engajado**. Contrafogos 2: por um movimento social europeu. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p. 36-45.

_____. **O poder simbólico**. Trad. Fernando Tomaz. 2ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998.

BOURDIEU, P.; PASSERON, J. C**. A reprodução: elementos para uma teoria do sistema de ensino**. Trad. de Reynaldo Bairão. Revisão de Pedro Benjamin Garcia e Ana Maria Baeta. 2.ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1982.

BURAWOY, Michael. **O marxismo encontra Bourdieu**. Trad. de Fernando Rogério Jardim. Campinas, SP: Editora da Unicamp, 2010.

CYRINO, Eliana Goldfarb; TORALLES-PEREIRA, Maria Lúcia. **Trabalhando com estratégias de ensino-aprendizado por descoberta na área da saúde:** a problematização e a aprendizagem baseada em problemas. Cad. Saúde Pública, Rio de Janeiro, n. 20, v. 3, maijun, 2004.

DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Felix**. O que é a filosofia?** Trad. de Bento Prado Jr. E Alberto Alonso Muniz. Rio de Janeiro: Ed. 34, 1992.

GHIRARDI, José Garcez. **O instante do encontro: questões fundamentais para o ensino jurídico.** São Paulo: Fundação Getulio Vargas, 2012.

GUIRALDELLI JR., Paulo. **A teoria educacional no ocidente: entre modernidade e pós modernidade**. São Paulo em Perspectiva, v. 14, n. 2, abr./jun. 2000.

FOUCAULT, M. **Vigiar e Punir**. Trad. Raquel Ramalhete. 27. ed. Petrópolis: Vozes,1987.

FREIRE, Paulo**. Pedagogia da autonomia: saberes necessários à prática educativa**. 43. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2011.

_____. **Educação e Mudança**. 27. ed. Paz e Terra. Rio de Janeiro, 1979.

LESSA, Sérgio**. Lukács e o Marxismo Contemporâneo**. Junho, 1993. Disponível em: http://www.sergiolessa.com/no_published/Lks_marx-hoje.pdf

LÖWY, Michael**. Ideologias e ciência social: elementos para uma análise marxista**. 19. ed. São Paulo: Cortez, 2010.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **A ideologia alemã**. Trad. Luis Claudio de Castro e Costa. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MIZUKAMI, Maria da Graça Nicoletti. **Ensino: as abordagens do processo.** São Paulo: E.P.U., 1986.

MORIN, Edgar. **Os sete saberes necessários à educação do futuro**. 2. ed. São Paulo: Cortez; Brasília: Unesco, 2000.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Pensando o ensino do Direito no século XXI.** Florianópolis: Fund. Boiteux, 2005.

VALLE, I. R.. **Ler Homo academicus**. In: Homo academicus. Trad. de Ivone Ribeiro Valle e Nilton Valle. Florianópolis: Ed. da UFSC, 2011. p. 14-20.

WARAT, Luis Alberto. **Territórios desconhecidos**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

O DIREITO COMO LITERATURA: O DISCURSO JURÍDICO COMO NARRATIVA LITERÁRIA

Amanda Muniz Oliveira[*]

Palavras-chave: direito como literatura; ficção; linguagem.

Resumo: As possibilidades de estudos cruzados entre direito e literatura são inúmeras: o direito representado na literatura, a obra literária como objeto de proteção jurídica, a utilização de teorias literárias na interpretação de textos jurídicos, dentre muitas outras. Compreendendo o Direito como uma forma de narrativa, sobretudo na construção dos autos de um processo, questiona-se a o discurso jurídico pode ser compreendido como uma narrativa literária ficta. A partir das ideias de Roland Barthes sobre as limitações da linguagem, infere-se que o Direito pode sim ser compreendido como ficção – mas apenas porque as limitações da língua transformam a linguagem em um falho tradutor do real; o que se diz nunca será o que realmente ocorreu, mas a tradução em linguagem de um fato ocorrido.

Keywords: law as literature; fiction; language.

Abstract: The possibilities of cross-sectional studies between law and literature are numerous: law represented in the literature, the literary work as a legal object of protection, the use of literary theories in the interpretation of legal texts, among many others. Understanding law as a form of narrative, especially in the construction of a case-file, the question is if the legal discourse can be understood as a fictitious literary narrative. From Roland Barthes studies about the limitations of language, it is inferred that law can indeed be understood as fiction - but only because the limitations of language become the language in a failed translator of real; what 's said will never be what really happened, but the translation into language of a fact occurred.

[*] Mestranda em Direito pelo PPGD – UFSC. Pesquisadora do Núcleo de Estudos Conhecer Direito – NECODI. Bolsista CAPES. Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/3656942869359698

1 Introdução

O presente artigo se propõe a compreender o discurso jurídico como uma narrativa não apenas literária, mas ficta. Para tanto, serão utilizados os estudos de Roland Barthes, sobretudo as ideias abordadas em sua *Aula Inaugural da cadeira de semiologia literária do College de France,* publicada em livro no qual o Autor defende a língua como uma imposição do dizer, gerando, portanto, traduções falhas do real.

Inicialmente, cumpre destacar a importância da interdisciplinaridade para o Direito. A tentativa de esvair do estudo jurídico as matérias que não fossem estritamente dessa área culminou no chamado Positivismo Jurídico, para o qual se fazia necessário retirar da órbita do Direito quaisquer conceitos sociológicos, antropológicos e filosóficos, objetivando torná-lo uma ciência pura. Tal fato acabou por legitimar verdadeiras atrocidades, vez que, por mais esdrúxulas que as normas positivas se apresentassem, possuíam validade, devendo ser, portando, cumpridas.

O movimento pós-positivista contrapôs essas hipóteses, partindo do pressuposto de que, se uma norma fosse destituída de princípios valorativos (e, portando, de matérias pertinentes às ciências sociais e filosóficas), ela poderia ser considerada injusta, não devendo, portanto, ser aplicada.

Ocorre que o Direito não pode ser vislumbrado como mera ciência normativa, tal como imaginado pelo movimento positivista, pois isso dependerá da realidade político-social na qual estiver inserido. Para que as normas tenham condições de subsistência em face da realidade, é preciso empreender uma análise de todos os elementos necessários atinentes às situações e forças, cuja atuação afigura-se determinante no funcionamento da vida do Estado. Por isso, o Direito depende das ciências da realidade mais próximas, como a História, a Sociologia e a Economia.

Destarte, infere-se que o auxílio de disciplinas diversas é necessário não apenas para o estudo do Direito, mas também para a aplicação da norma ao caso concreto. Com a literatura, não seria diferente. Essa rica área do conhecimento pode contribuir de forma significativa para o estudo da disciplina, seja através da análise das representações sociais, seja através dos estudos relativos à linguagem.

2 *Law and Literature:* uma reaproximação

A relação entre Direito e Literatura foi tema constante na tradição do ocidente em tempos passados, pois conforme Godoy (2007) o homem das leis também era o homem das letras. Além disso, a utilização de metáforas para se explicar uma regra de conduta, seja moral ou jurídica, não é um fenômeno inédito. Rorty (1991) afirma que para compreender os problemas que permeiam o século XX, faz-se necessário a leitura das obras de Heidegger, Dewey e Davidson simultaneamente às obras de Nabokov, Kafka e Orwell. Ward (2008), por sua vez, relembra Aristóteles e a sua metáfora do justo-meio[1], ainda utilizada no meio jurídico, bem como o uso de metáforas, fábulas e contos fantásticos em textos de diversas religiões, pregados como exemplo de regra de conduta.

A busca por um Direito mais racional, burocrático e positivista é apontada como causa da cisão entre estas áreas do conhecimento humano, pois, de acordo com Godoy (2007), a Literatura foi transferida ao estético puramente artístico, enquanto o Direito foi reservado ao formalismo técnico.

O processo de industrialização e urbanização originou, no âmbito científico, uma lógica formalista que, segundo Wolkmer (1994, p.59), foi "pautada na materialidade, na ordem, na segurança e no progresso". De acordo com Siqueira (2011), percebe-se um nítido propósito positivista de consolidação social e política de uma burguesia em ascensão. Tal positivismo converte-se em um sistema de valores que, utilizando-se do apelo ao técnico e ao racional, procura ocultar a subjetividade do indivíduo, bem como acalmar os apelos sociais.

O positivismo no âmbito das ciências jurídicas, para Siqueira (2011), foi responsável pelo rígido formalismo legalista, capaz de ocultar quaisquer resquícios de manifestações econômicas, políticas e sociais presentes no ordenamento jurídico. Desta forma, consolidaram-se valores dogmáticos e estáticos, estagnados no tempo, dito como objetivos e impessoais. Para Siqueira (2011, p. 32),

> os reflexos do positivismo foram amplamente refletidos por Kelsen, que defende que a ciência produz seu objeto ao enxergá-lo como uma totalidade significativa, racional e livre de influências empíricas. Ao afirmar que juízos valorativos não são próprios da ciência, consagra a teoria do direito num caráter eminentemente formal capaz de agregar tudo o que o direito possui de universal e tornando-o legítimo em qualquer contexto ou ordenamento.

[1] Segundo Boto (2001, p. 127), "Aristóteles, ao reportar-se ao ideal do justo meio, enfatiza a moderação como virtude capaz de entrelaçar prudência e o discernimento na ação: a medida exata entre dois extremos. O ser virtuoso adquire, ao agir, a propensão do caráter educado para a moderação."

Ocorre que o chamado Positivismo Jurídico procurou esvair do Direito as matérias que não fossem estritamente jurídicas. Para Kelsen (1999), principal expoente do positivismo Jurídico, se fazia necessário retirar da órbita jurídica quaisquer conceitos sociológicos, antropológicos e filosóficos, para que o direito se tornasse uma ciência pura. Tal fato acabou por legitimar verdadeiras atrocidades, vez que por mais esdrúxulas que as normas positivas se apresentassem, possuíam validade, devendo ser, portando, cumpridas.

O movimento pós-positivista contrapôs estas hipóteses, partindo do pressuposto de que, se uma norma fosse destituída de princípios valorativos (e portando de matérias pertinentes às ciências sociais e filosóficas), poderia ser considerada injusta, não devendo, portanto, ser aplicada. Com efeito, Hesse (1991, p. 26) acredita que

> a ciência jurídica não é mera ciência normativa, tal como imaginado pelo positivismo formalista. (...) [É] condicionada tanto pela grande dependência que o seu objeto apresenta em relação à realidade político-social, quanto pela falta de uma garantia externa para a observância das normas constitucionais. Em verdade, esse fato mostra-se mais evidente na Ciência do Direito Constitucional do que em outras disciplinas jurídicas. A íntima conexão, na Constituição, entre a normatividade e a vinculação do Direito com a realidade obriga que, se não quiser faltar com o seu objeto, o Direito Constitucional se conscientize deste condicionamento da normatividade. Para que as suas proposições tenham consistência em face da realidade, ele não deve contentar-se com uma complementação superficial do "pensamento jurídico rigoroso" através da adoção de uma perspectiva histórica, social, econômica ou de outra índole. Devem ser examinados todos os elementos necessários atinentes às situações e forças, cuja atuação afigura-se determinante no funcionamento da vida do Estado. Por isso, o Direito Constitucional depende das ciências da realidade mais próximas, como a História, a Sociologia e a Economia.

Destarte, infere-se que não apenas para o âmbito do Direito Constitucional, mas para todos os demais ramos das ciências jurídicas o auxílio de disciplinas diversas é crucial. Todavia, a literatura em especial ainda se mantém afastada, quase não recebendo a devida atenção dos operadores do Direito.

Para Siqueira (2011, p.32), esta suposta separação entre juízos valorativos e ciência jurídica contradiz a própria natureza cultural da linguagem, que faz de cada norma um tipo de narrativa, por si mesma indissociável de valores e julgamentos.

> A aproximação do direito à literatura explicita essa natureza comum das assertivas jurídicas ao colocá-las em paralelo com as demais produções escritas de uma sociedade através do estudo de sua estrutura e da interpretação comum.

Destarte, interpretar a linguagem como fonte do direito e da literatura é uma forma de demonstrar a falha da separação entre ciência jurídica e juízos de valor, proposta pelo positivismo. Para Siqueira (2011, p. 35)

> A valoração intrínseca a qualquer construção linguística, imbuídas de significações e carga descritiva, leva à inevitável constatação de que o direito é, essencialmente, interpretação. A análise do direito a partir dessa perspectiva resgata-o de seu isolamento frente a outros campos de conhecimento e o coloca numa perspectiva de contínua narratividade, determinada pela transição jurídica e social de suas significações.

A aproximação entre o estudo do direito e da literatura ganha importância a partir da década de 60, nos Estados Unidos, com o surgimento de um movimento conhecido como *Law and Literature*, que defendia a utilização da literatura como ferramenta analítica do Direito. Segundo Siqueira (2011, p. 36)

> Essa proposta surgiu como uma das várias tendências antipositivistas do mais amplo movimento "direito e sociedade", atuando na formação do profissional do direito de forma a resgatar aspectos humanísticos de que as carreiras jurídicas se afastaram. A centralização do direito no positivismo kelseniano levou à redução gramatical de seus enunciados e à análise estritamente sintática e semântica de suas normas, tornando-o incapaz de atender as demandas sociais postas ao direito.

Tal movimento ganhou notória repercussão após a publicação do livro *The legal imagination*, de James Boyd White. White (1980) acredita que os tanto os textos jurídicos quanto os literários são fundamentados pelas identidades de seus personagens e pelos significados de seus conceitos. Desta forma, a literatura possibilitava ao jurista uma nova abordagem da ordem legal estabelecida, bem como uma nova visão a respeito do ordenamento jurídico vigente. Neste mesmo sentido, Siqueira (2011, p. 39) afirma que a "arte literária torna-se mais filosófica do que a própria história na medida em que descreve inúmeras alternativas disponíveis para o homem".

Aristóteles (1996) já afirmava esta ideia. Na sua obra *A Poética,* o referido filósofo defende que a diferença entre um historiador e um poeta está no fato de que o primeiro conta fatos reais ocorridos, e o último, fatos que poderiam vir a ocorrer. Devido a este

caráter geral e hipotético, Aristóteles (1996, p. 39) defende que a poesia contém mais filosofia do que a própria história.

> Não é em metrificar ou não que diferem o historiador e o poeta; a obra de Heródoto podia ser metrificada; não seria menos uma história com o metro do que sem ele; a diferença está em que um narra acontecimentos e o outro, fatos quais podiam acontecer. Por isso, a Poesia encerra mais filosofia e elevação do que a História; aquela enuncia verdades gerais; esta relata fatos particulares. Enunciar verdades gerais é dizer que espécies de coisas um indivíduo de natureza tal vem a dizer ou fazer verossímil ou necessariamente; a isso visa a Poesia, ainda quando nomeia personagens. Relatar fatos particulares é contar o que Alcibíades fez ou o que fizeram a ele.

Neste mesmo diapasão, Amado (2003, p.366), afirma que:

> É nas humanidades, e particularmente na literatura, onde podemos recuperar uma perspectiva integral do ser humano, de sua natureza, suas necessidades, seus desejos, seus medos, etc., e a partir desta perspectiva podemos dar valor assim como criticar as insuficiências e os defeitos do direito e seu ponto de vista míope e cúmplice das opressões sociais mais diversas[2].

Ost (2005), por sua vez, defende a literatura como liberadora dos possíveis caminhos disponíveis ao indivíduo frente à realidade codificada do direito. Embora o direito e a literatura descrevam as relações humanas, a literatura o faz livre das amarras impostas pelo tecnicismo formal arraigado no direito. A liberdade formal e material de que goza a arte literária pode ser utilizada como força renovadora do direito. Tal renovação ocorre com o choque entre a narrativa jurídica e a narrativa literária, que possibilita uma discussão acerca das questões fundamentais do direito, como a ordem social, as leis e o poder.

Para Ward (2008, p.23), os estudos de direito e literatura proporcionam uma melhor forma de aprendizado, já que grande virtude dessa perspectiva é o seu caráter simples, descomplicado. Sobre isto, o Autor escreve: "Essa qualidade, acima de todas, não deve ser perdida. Uma grande quantidade de palavras longas é algo perigoso. E como

[2] Traduziu-se do original: "Es em las humanidades, y muy particular em La Literatura, donde podemos recuperar uma perspectiva integral Del ser humano, de su naturaleza, sus necesidades, sua apetências, sus miedos, etc., y desde esa perspectiva podemos valorar y criticar lãs insuficiências y defectos Del derecho y de Du punto de vista míope y cómplice de las opreciones sociales más diversas."

Dunlop sugere, o Direito já está obstruído com muitas palavras que na verdade não significam nada, nem para os advogados nem para ninguém[3]".

O movimento *Law and Literature* apresenta diversas propostas de estudos cruzados entre estas áreas do conhecimento. Siqueira (2011) cita, por exemplo, o Direito na Literatura, que resgata e renova a utilização da literatura como ferramenta analítica do Direito; a literatura como instrumento de mudança do direito, hermenêutica, direito da literatura, direito e narrativa, apenas para citar alguns. Para o presente trabalho, todavia, optou-se por destacara vertente "direito como literatura", assunto a ser tratado no próximo tópico.

3 *Law as Literature:* de como o Direito se parece com a Literatura

Segundo Ward (2008) os estudos da vertente conhecida como *Law as Literature* (ou, o Direito como Literatura) objetivam, primordialmente enfatizar a existência da linguagem como uma força viva e contribuir para o estudo do Direito e da Lei, a partir de teorias literárias. Para o referido Autor (2008, p. 16): " A essência dos estudos de direito e literatura [...] é a sugestão de que técnicas e métodos de teoria e análise literária são apropriadas para a pesquisa jurídica[4]".

Conforme Siqueira (2011), existem duas semelhanças primordiais que tornam possíveis os estudos do direito com literatura. A primeira, seria que estas áreas do conhecimento, seja qual for seu propósito final, lidam com relações sociais, noções de moralidade e com a própria natureza humana. A segunda, seria a forma como tais conteúdos se apresentam, ou seja, a linguagem escrita, diretamente relacionada à interpretação. De acordo com Siqueira (2011, p.45) "com base nessas semelhanças, a hermenêutica e a retórica atuam como as duas principais pontes de ligação entre o direito e a literatura, atuando na busca de valores de importância filosófica e racional para a compreensão do direito".

[3] Traduziu-se do original: "That quality, above all, must not be lost. Too many long words are dangerous. As Dunlop suggests, law is already beset by far too many words that do not really mean anything, either to lawyers or to anyone else".
[4] Traduziu-se do original: "The essence of 'law and literature' [...] is the suggestion that the techniques and methods of literary theory and analysis are appropriate to legal scholarship."

Nota-se, portanto, que o foco principal desta vertente são as relações entre os discursos jurídicos e literários; já que tratam-se de textos, os estudos retórico e hermenêutico apresentam-se como grandes possibilidades de interpretação. O que se aplica na compreensão literária-narrativa é utilizado para compreender a produção textual jurídica, em busca de coerência e clareza; procura-se extrair do texto técnico, estilos estéticos com propósito hermenêutico. Segundo Siqueira (2011, p.46):

> o 'Direito como Literatura' encaixa-se na tendência surgida no início do Século XX, a chamada 'virada interpretativa' advinda da necessidade de combater o formalismo e o tecnicismo da abstração jurídica frente ao concreto e ao individual, preocupando-se com a estrutura da linguagem e a relação de sentido entre as palavras e o mundo.

Para Godoy (2007), um dos pioneiros nos estudos de direito como literatura fora o magistrado da Suprema Corte em Washington, Benjamin Nathan Cardozo. Em um de seus textos, denominado "*Law and Literature*", Cardozo (1938) afirma que decisões judiciais e textos literários possuem semelhanças. Ocorre que para ele, o Direito manifesta-se por meio da Literatura; o texto jurídico apresenta-se justamente como um texto, pertencendo portando ao gênero literário[5]. Assim, a forma (texto) e seu conteúdo (jurídico) não podem ser estudados separadamente; tratam-se de uma unidade, são uma coisa só. Portanto, para que o conteúdo venha a toda sem maiores obscuridades, Cardozo (1938) elenca a clareza como o estilo literário a ser adotado pelo magistrado, em suas sentenças. Além disso, segundo Godoy (2007, s.p.)

> Benjamin Cardozo insistia que a decisão, além de clara, deveria ser também absolutamente persuasiva. A sinceridade deveria informá-la, como virtude; nesse sentido, seria acompanhada por força vinculante de provérbios e máximas. Para Cardozo, a negligência para com a clareza, a persuasão e a sinceridade seriam as marcas de estilo jurídico fracassado.

Além disso, Cardozo (1938) identifica seis modelos de narrativa jurídica, a saber: 1) Profissional ou imperativo: rico em exemplos e analogias, sendo uma explicação do silogismo adotado; 2) Lacônico ou sentencioso: uma linguagem direta, pouco explicativa, porém rica em conteúdo legal; 3) Conversador ou familiar: didático, porém repetitivo; 4) Refinado ou artificial: utilização de expressões estrangeiras e linguagem rebuscada em

[5] Frise-se: literário e não fictício ou fantasioso.

excesso; 5) Demonstrativo ou persuasivo: utiliza-se de argumentos de autoridade; 6) Aglutinativo: exagero de detalhes, muitas notas explicativas e tema central desfocado.

Godoy (2007) sugere que Cardozo fora um *pai fundador* (*founding father*) da vertente do Direito como Literatura, tanto pela forma como redigia suas decisões na qualidade de magistrado, quanto pelas sugestões que emitia a seus colegas no quesito clareza, persuasão e sinceridade – sem se esquecer, por óbvio, da tentativa de classificar as decisões judiciais em modelos literários diversos.

Importante ressaltar que existem diversas formas de compreender o direito como literatura. Galvão (2011, p. 84) afirma que

> as metodologias adotadas podem ser inúmeras: é possível observar o direito como atos literários; é possível jogar sobre ele o olhar da crítica literária; é possível empregar o estudo dos signos desenvolvido pela crítica literária em textos jurídicos; pode-se também transpor a metodologia da análise do discurso para o direito.

No que se refere à perspectiva hermenêutica, Siqueira (2011) refere-se a Ronald Dworkin, em especial a seu artigo intitulado "*Law as Interpretation*". Conforme a autora (2011), neste trabalho Dworkin sugere que os casos jurídicos e as interpretações judiciais podem ser compreendidos como capítulos de um romance. Neste sentido, faz-se necessário prezar pela coerência ao construir processos judiciais, de forma que a "história" possa fluir da melhor forma possível.

Para Siqueira (2011, p. 48), "A transposição da ideia de hipótese estética, interpretação capaz de maximizar a qualidade artística de uma obra, para uma hipótese política no direito permite especulações acerca do caminho interpretativo capaz de fornecer maior grau de "justiça! ao próximo caso do romance legal."

Observadas as várias possibilidades de se estudar o Direito como Literatura, resta salientar ainda a perspectiva de se enxergar o Direito não apenas como um texto literário, mas como verdadeira ficção. Ocorre que, conforme afirma Siqueira (2011), a linguagem não é uma tradutora neutra da realidade fiel que ocorre ou ocorreu; de fato, a Autora defende que a linguagem molda a compreensão humana, construindo barreiras e limites na capacidade expressiva das pessoas. Desta forma, acaba por criar e condicionar realidades que jamais serão reflexo fiel daquela vivenciada. Neste sentido, indaga-se: seria possível compreender o Direito como narrativa ficta?

4 O Direito pode ser uma narrativa de ficção?

Siqueira (2011), ao apontar o Direito como uma forma de narrativa ficta, faz remissão a lenda da Torre de Babel, encontrada no AntigoTestamento, Gênesis, 11:1-9. Segundo tal lenda, uma torre fora erguida pela humanidade, que até então se comunicava por meio de um único idioma. O objetivo era a glorificação humana, e não divina, motivo pelo qual Deus castigou os homens com a derrubada da torre, e a divisão de seu idioma em diversas línguas distintas.

Para Siqueira (2011), esta lenda pode ser interpretada como a representação da crença de que uma linguagem universal tornaria possível a dominação da criação humana pelo homem, e assim o entendimento da humanidade sobre si mesma. Todavia, com a divisão da linguagem, a Autora (2011, p. 79) acredita que

> a pretensão de total entendimento do homem por nossos ancestrais gerou a inicial percepção de que toda visão é uma realidade parcial, bem como a linguagem que a enuncia. Assim como a base da torre de Babel, a linguagem é uma construção humana, particular, parcial e finita.

Neste mesmo sentido Barthes (1978) compreende a língua como o objeto no qual se inscreve o poder. Porém, tal poder acaba não sendo notado, já que a língua não é lembrada como classificação; para o referido Autor, toda classificação é opressiva, o que enseja no fato de que a língua também é opressiva. Esta classificação a qual Barthes (1978, p. 11-12) se refere, é responsável não por permitir dizer algo, mas por obrigar a dizê-lo. Como exemplo, ele afirma:

> vejo-me adstrito a colocar-me primeiramente como sujeito, antes de enunciar a ação que, desde então, será apenas meu atributo: o que faço não é mais do que a conseqüência e a consecução do que sou; da mesma maneira, sou obrigado a escolher sempre entre o masculino e o feminino, o neutro e o complexo me são proibidos; do mesmo modo, ainda, sou obrigado a marcar minha relação com o outro recorrendo quer ao tu, quer ao vous; o suspense afetivo ou social me é recusado.

Desta forma, Barthes (1978) conclui que a linguagem implica em alienação. Falar é sujeitar, restringir; portanto, cada idioma é responsável por limitar o seu falante a uma forma específica de manifestação e de descrição do real. Por isso, o Autor afirma ser necessário se atentar a estas amarras linguísticas, já que

> a língua, como desempenho de toda linguagem, não é nem reacionária, nem progressista; ela é simplesmente: fascista; pois o fascismo não é impedir de dizer, é obrigar a dizer. Assim que ela é proferida, mesmo que na intimidade mais profunda do sujeito, a língua entra a serviço de um poder.

O que pode se inferir das afirmações de Siqueira e Barthes é que, se as tentativas de ordenação/reprodução do real partem sempre da linguagem, não se pode esquecer que partem, então, de um código rígido e limitado. Como são diversas as linguagens, também são diversas as compreensões de mundo nelas baseadas. Nas palavras de Siqueira (2011, p. 80), "linguagens diferentes são capazes de proporcionar entendimentos diferentes sobre um mesmo fato ou acontecimento social." Assim, a narração do real passa, inevitavelmente, pela tradução humana, que não apenas pode modificar este real, como distorcê-lo e recriá-lo.

Conforme Siqueira (2011), o homem encontra-se preso em suas criações e traduções, sempre procurando encontrar sentido na linguagem em que vive, e da qual é vítima. Desta forma, a realidade externa e ilimitada frequentemente é ameaçada pelo reducionismo humano, já que o próprio homem é um ser limitado em sua compreensão. Todavia, Barthes (1978, p.) oferece uma alternativa, a que chama de trapaça, a tais limitações linguísticas:

> Na língua, portanto, servidão e poder se confundem inelutavelmente. Se chamamos de liberdade não só a potência de subtrair-se ao poder, mas também e sobretudo a de não submeter ninguém, não pode então haver liberdade senão fora da linguagem. Infelizmente, a linguagem humana é sem exterior: é um lugar fechado. Só se pode sair dela pelo preço do impossível: pela singularidade mística, tal como a descreve Kierkegaard, quando define o sacrifício de Abraão como um ato inédito, vazio de toda palavra, mesmo interior, erguido contra a generalidade, o gregarismo, a moralidade da linguagem; ou então pelo amen nietzschiano, que é como uma sacudida jubilatória dada ao servilismo da língua, àquilo que Deleuze chama de "capa reativa". Mas a nós, que não somos nem cavaleiros da fé nem super-homens, só resta, por assim dizer, trapacear com a língua, trapacear a língua. Essa trapaça salutar, essa esquiva, esse logro magnífico que permite ouvir a língua fora do poder, no esplendor de uma revolução permanente da linguagem, eu a chamo, quanto a mim: literatura.

Importante ressaltar que a literatura faz parte da tentativa humana de compreender a realidade na qual se insere. De acordo com Siqueira (2011), com o Direito, não acontece diferente. Embora tais tentativas sejam sempre parciais, dada a limitação do homem e de sua linguagem, o jurídico e o literário buscam traduzir o real que percebem.

Desta forma , pode-se inferir que os textos jurídicos são, de certa forma, uma ficção. São textos que se utilizam de uma linguagem específica para tentar traduzir uma realidade existente, mas que, devido a própria limitação humana e linguística, não o faz. No máximo, reproduz uma realidade verossímel, plausível, mas não se pode tomá-la como inteiramente verdadeira. Para Siqueira (2011, p.) "A linguagem [...] não pode ser vista como uma tradutora transparente entre a experiência e a realidade, ela apenas fornece os termos sobre os quais cada realidade é constituída".

Neste mesmo sentido, Aristodemou (1993) acredita que por meio da linguagem o homem se entende e se constitui como um sujeito; por isso, a linguagem acaba por definir a compreensão que o homem tem de si mesmo e de sua realidade, delineando limites na forma com que ele se expressa.

Ignorar essa condição é agravar a tentativa humana de autocompreensão e gerar mais confusões do que esclarecimentos. Todavia, no campo rígido, formal e dogmático do Direito, essa artificialidade, essa ficção, quase não é exposta – nem sequer é questionada. Frisa-se, portanto, um ponto importante dos estudos cruzados entre direito e literatura, levantado por Siqueira (2011): enquanto o literato confessa sem grandes problemas a artificialidade e a fantasia de sua escrita, o jurista teima em afirmar que lida com um sistema completo, acabado, perfeito e natural. Apesar disso, os estudos cruzados entre estas duas áreas do saber propõe que, a forma mais completa de se compreender o mundo jurídico, seja admitir suas limitações, suas incompletudes e assim, manter-se aberto a novas possibilidades. Para Siqueira (2011, p. 83) "A literatura, dessa forma, procura trazer ao direito a ideia de que o mundo e a vida humana são compostos de 'inumeráveis narrativas'".

Para Morawetz (2007) , o principal objetivo dos estudos de direito e literatura seja basear a educação jurídica no fato de que o direito trata de indivíduos. Assim, o jurista que compreende a si como um sujeito dotado de história, trajetória e valores, torna-se um melhor agente do direito, posto que ciente de suas limitações.

Compreendendo que a linguagem impõe barreiras para a compreensão humana e para a reprodução de uma determinada realidade vivenciada pelo homem, pode-se afirmar que os textos jurídicos são fictos. Não porque sejam inventados ou fantasiosos, mas porque são parciais e limitados – frutos da falha tradução humana.

5 Considerações Finais

A tentativa de esvair do Direito as matérias que não fossem estritamente jurídicas culminou no chamado Positivismo Jurídico, que defendia a purificação da norma através da exclusão de quaisquer conceitos oriundos das demais áreas do conhecimento. Tal método mostrou-se falho, vez que não respeitava as particularidades de cada caso concreto, fazendo com que, não raras vezes, normas injustas fossem impostas aos cidadãos.

Contra esse movimento, insurgiu-se o pós-positivismo, defendendo a necessidade de interdisciplinaridade para aplicação de uma norma justa, que atendesse aos interesses populares. Muito se fala da Filosofia, Sociologia e mesmo Antropologia em âmbito jurídico, mas pouco se fala da Literatura – disciplina apta a despertar o a sensibilidade e o senso crítico do jurista.

O direito como literatura procura utilizar elementos de teoria literária e hermenêutica no intuito de melhor compreender o significado dos textos jurídicos. Além de ambos, Direito e Literatura, lidarem com relações sociais, noções de moralidade e com a própria natureza humana, têm por conteúdo a linguagem escrita, diretamente relacionada à interpretação.

Neste sentido, as relações entre os discursos jurídicos e literários podem ser abordados a partir dos estudos retórico e hermenêutico, que emergem como grandes possibilidades de interpretação. O que se aplica na compreensão literária-narrativa é utilizado para compreender a produção textual jurídica, em busca de coerência e clareza; procura-se extrair do texto técnico, estilos estéticos com propósito hermenêutico.

Apesar das perspectivas de estudos do direito como literatura, o que se propôs aqui foi refletir sobre um possível caráter ficto do Direito, sobretudo quando narrado nos autos de um processo. Utilizando os estudos de Barthes sobre as limitações da linguagem, pôde-se inferir que, uma vez que a própria linguagem é uma tradutora falha da realidade, o discurso jurídico também o seria e neste sentido, poderia sim ser compreendido como mais que uma narrativa literária, uma narrativa ficta.

6 Referências Bibliográficas

ARISTODEMOU, Maria. **Studies in law and literature: directions and concerns Anglo-American**. Law Review, Liverpool, 157, 1993.

AMADO, Garcia. **Breve introducción sobre derecho y literatura: ensayos de filosofia jurídica**. Bogotá: Temis, 2003.

ARISTÓTELES.**Poética**.Coleção Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

BARTHES, Roland. **Aula: aula inaugural da cadeira de semiologia literária do College de France**. São Paulo: Editora Cultrix, 1978.

BOTO, Carlota. **Ética e educação clássica: virtude e felicidade no justo meio.** Educação e Sociedade, Campinas, v. 22, 2001.

CARDOZO, Benjamin N. ***Law and Literature.*** 48 Yale Law Journal, 1938, pp. 489-507.

GALVÃO, Laila Maia. **A INTERLOCUÇÃO ENTRE AS ESCOLAS LITERÁRIAS E A INTERPRETAÇÃO JURÍDICA**. In: OLIVO, Luis Carlos Cancellier de (org). Anais do I Simpósio de Direito e Literatura. Florianópolis : Fundação Boiteux, 2011. Disponível em: < https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/99607/Anais-FUNJAB-Volume-3-Online.pdf?sequence=1 >

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Direito e literatura - Os pais fundadores: John Henry Wigmore, Benjamin Nathan Cardozo e Lon Fuller**. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1438, 9 jun. 2007. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/9995>. Acesso em: 10 ago. 2014.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1991.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

MORAWETZ, Thomas. **Literature and the law**. New York: Aspen Publishers. 2007.

OST, François. **Contar a lei.** São Leopoldo: Unisinos, 2005.

RORTY, R. **Objectivity, Relativism and Truth: Philosophical Papers Volume I**. Cambridge: Cambridge University Press, 1991.

SIQUEIRA, Ada Bogliolo Piancastelli de. **Notas sobre Direito e Literatura: o absurdo do Direito em Albert Camus**. Florianópolis: Ed. da UFSC/Fundação Boiteux, 2011.

WARD, Ian. **Law and Literature: possibilities and perspectives**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

WHITE, James Boyd. **The Legal Imagination: abridged edition**. Chicago: The University of Chicago Press, 1980.

WOLKMER, Antônio Carlos. **O Pluralismo Jurídico.** São Paulo: Alfa-Omega, 1994

O INÍCIO DA INQUISIÇÃO: A IMPORTÂNCIA DA HISTÓRIA PARA A CONSTITUIÇÃO DESSA GRANDE INSTITUIÇÃO JURÍDICA

Nathalia Moro Gargioni[*]

Palavras-chave: inquisição; idade média; Igreja Católica; processo penal acusatório.

Resumo: Para que uma análise da Inquisição seja feita de modo correto e minucioso, faz-se necessário um estudo da história, pois somente esta permite uma reflexão de todos os aspectos que permitiram que tal empreitada lograsse êxito. Assim, este trabalho pretende analisar todos os processos que permitiram o estabelecimento, início e fim da primeira fase da Inquisição, conhecida como Inquisição Medieval. Para tanto, utilizou-se do método de abordagem indutivo, aliado aos procedimentos históricos e comparativos. O resultado obtido foi a importância de um estudo da evolução histórica para compreender as razões de um instituto ser substituído pelo outro, quando o primeiro se mostre ineficaz para atender os anseios da sociedade.

Keywords: inquisition; middle ages; Catholic Church; criminal procedure accusatory.

Abstract: In order to have a correct and a particular review of the Inquisition, it is necessary a history study, because only that allows a reflexion of all the aspects that make that institute suceeded. So this paper intends to analyze all the process that allowed the establishment, beggining and end of the first part of the Inquisition, known as Medieval Inquisition. Therefore, it was needed the inductive method, ally with the historic and comparative methods. The obtained result was the importance of the historic evolution to comprehend the reasons of the replacement of an institute for another one, when the first one shows up inefficius to antend the society yearnings.

[*] Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina.

1 Introdução

No decorrer da história percebe-se um medo, por parte das instituições que detêm o poder, daqueles indivíduos que contestam o sistema imposto à sociedade. Busca-se, portanto, coibir a expressão desses indivíduos, e para tal as autoridades utilizam de diversos instrumentos. É notável o uso dos mecanismos jurídicos, que visam impedir qualquer possível subversão da ordem vigente.

Assim, o presente trabalho tem por escopo uma análise histórica dos mecanismos jurídicos usados como forma de repreensão daqueles que não agiam conforme os padrões esperados nas relações de poder vigentes. Abordar-se-á a primeira fase da Inquisição, a Inquisição Medieval. Vale, dessa forma, salientar que os historiadores dividem o tempo pela qual a Inquisição perdurou em dois períodos: Inquisição Medieval e Inquisição Moderna. (NASPOLINI, 2008, p. 235)

Para tanto, busca-se, através do surgimento da Igreja Católica, analisar todos os elementos que permitiram a criação da Inquisição, bem como analisar quais eram os mecanismos jurídicos que pautaram a primeira fase desta Instituição.

Como até o início da Baixa Idade Média o direito romano havia sido esquecido, os aparatos utilizados pela Inquisição Medieval se pautaram principalmente no direito canônico, mas também continham traços dos costumes germânicos para tratar o direito.

Assim, pautados principalmente pelo direito canônico, que era um direito escrito, a Igreja pode-se valer de um aparato jurídico sistematizado para a construção da Inquisição, permitindo que a constituição desta fosse firme e consolidada.

2 O surgimento da Inquisição

A religião pregada por Cristo e seus discípulos, clandestina do século I até início do século IV, a qual afirmava ser a única e verdadeira religião entre os homens, torna-se a religião oficial do Império Romano em 380, através do Édito de Tessalônica. Segundo John Gilissen,

> No Império Romano, uma religião nova, pregada por Cristo e pelos seus discípulos no século I, impôs-se no século IV; o Império torna-se cristão. Um sistema jurídico próprio da comunidade dos cristãos, o direito canônico, desenvolve-se à margem do direito romano, sem o absorver; instala-se um sistema dualista – direito laico e direito religioso – que se vai manter até o século XX. (GILISSEN, 1979, p. 127)

Pelo fato de o cristianismo ter se espalhado entre o povo romano de uma forma muita rápida, sendo professada em segredo nas catacumbas, e impossibilitando uma fiscalização por parte dos imperadores, estes passaram a aderir a nova religião como uma forma de tentar controlar essa nova instituição. Dessa forma, o cristianismo passou a crescer como uma instituição oficial, organizada, hierarquizada e com regras próprias.

Porém, com a queda do Império Romano do Ocidente, "o poder temporal enfraqueceu. A Igreja já não continua submetida ao Estado, mas, tendo continuado como única, constitui a autoridade comum aos fiéis dos diferentes Estados." (GILISSEN, 1979, p. 137) Dessa forma, resta evidenciado, como destacou Gilissen, que a Igreja foi a única instituição que permaneceu forte e organizada na Europa Ocidental após o colapso romano.

A Igreja, portanto, em um ambiente caótico após a queda do Império Romano, conseguiu estabelecer uma certa ordem entre o povo, bem como manteve uma organização jurídica em torno da população, através do direito canônico. O povo, assim, viu nos representantes da Igreja uma liderança, já que as instituições romanas não mais conseguiam se sustentar.

Os povos bárbaros, depois de adentrarem as fronteiras romanas, e serem um dos motivos para o colapso deste Império, fixaram-se nos territórios do ocidente europeu. Cada povo bárbaro professava uma religião própria, mas, a partir da Alta Idade Média, muitos deles aderiram ao Cristianismo. O principal exemplo da união entre bárbaros e Igreja foi com os Francos.

O reino Franco, que dominava a maior parte da Galia, converteu-se ao catolicismo com Penino, o Breve. Essa união foi favorável a ambos, já que a Igreja passou a ter o poder de consagrar os reis Francos e ter sua proteção, como estes ganharam maior poder para administrar o povo, pois boa parte da população dessa área seguia o cristianismo.

Após o desmembramento de alguns reinos bárbaros, como aconteceu com o reino Franco, a situação político-econômica transfigurou-se no feudalismo, em que a poder do

soberano era enfraquecido em favor dos senhores feudais, os quais comandavam os feudos. Esse sistema ganhou força principalmente na França e na Alemanha. Pode-se destacar que em cada feudo havia uma paróquia representando a Igreja Católica.

Assim, durante a Alta Idade Média, a Igreja ganhou cada vez mais força nos diversos feudos existentes, sendo considerada a grande senhora dos feudos, já que esta chegou a ser dona de um terço das terras da Europa Ocidental continental. Foi, contudo, na Baixa Idade Média, entre os séculos XII e XIII, que a Igreja alcançou o seu ápice, sendo a instituição mais poderosa e influente pelo território da Europa Ocidental.

O poder adquirido pela Igreja gerou muitos lucros para o clero, principalmente para o alto clero e Papado. Em contrapartida, a população era, em sua grande maioria, muito pobre. Esse abismo entre riqueza e pobreza começou a ser cada vez mais visível aos olhos do povo. Assim, além do flagelo das guerras e da fome, as mensagens de fé transmitidas pela doutrina católica já não mais confortavam o povo, que começou a questionar a própria Igreja.

A Igreja, para manter o poder que detinha entre o povo, deu origem ao Tribunal do Santo Ofício da Inquisição, como uma forma de combate a toda contestação à doutrina católica. Essas contestações aos dogmas ficaram conhecidas como heresias e quem as pregava de hereges.

As heresias ficaram conhecidas como qualquer tipo de crítica e contestação aos dogmas defendidos pela doutrina cristã. Como identifica Samyra Naspolini,

> O termo heresia englobava qualquer atividade ou manifestação contrária ao que havia sido definido pela Igreja em matéria de fé. Dessa forma, na qualificação de hereges encontrava-se os mouros, os judeus, os cátaros e albigenses no sul da França, bem como os supostos praticantes de bruxaria. (NASPOLINI, 2008, p.235)

Herético "em grego, *hairetikis* significa 'o que escolhe'". (NOVINSKY, 2012, p.10) Heresia, portanto, ficou definida pelo clero como o crime de quem escolhe contestar a doutrina imposta pela Igreja como única e verdadeira. Dessa forma, coube, em consequência, ao clero julgar tais criminosos.

Além do combate àqueles que criticavam os dogmas católicos, havia também a crença por parte da população e difundida pelo clero de que havia muitas seitas de pessoas que cultuavam Satã. Acreditava-se, portanto, que muitos problemas relacionados com a

plantação estavam associados a pragas e malefícios praticados por essas seitas. Dessa maneira, boa parte da população acreditava que os tribunais inquisitoriais seriam necessários.

O início da Inquisição, apesar de não ser exato, situa-se ao redor do final do século XII, segundo a maior parte dos historiadores. Assim, de acordo com Anita Novinsky,

> Não podemos determinar o momento exato em que a Inquisição medieval foi estabelecida. Foi produto de uma longa evolução durante a qual a Igreja e o Papado sentiam-se ameaçados em seu poder. Inocêncio III, eleito papa em 1198, vai pessoalmente ao Midi, na França, para ajudar os missionários a abater as heresias. (NOVINSKY, 2012, p. 17)

Antes mesmo da Inquisição se estabelecer como um tribunal organizado, já havia cleros destinados a julgar crimes de heresia em lugares suspeitos. Para tanto, em 1184, no Concílio de Verona, a Igreja estabeleceu que duas vezes por ano alguns bispos deveriam visitar os lugares os quais se suspeitava que heresias estivessem sendo cometidas. Esses bispos eram nomeados e recebiam o título de Inquisidores Ordinários. (NOVINSKY, 2012, p. 15)

Havia povos, como os Cátaros e Albigenses, na parte sul da França, que criticavam a doutrina católica muito assiduamente. Esses povos representavam um sério problema para a Igreja, a qual tinha receio que tais contestações pudessem se espalhar para outras regiões. Assim, a fim de conter tais críticas, a Igreja enviou a esses lugares "infectos" delegações de cleros para cuidar da situação, estes episódios eram conhecidos como "Inquisição delegada". (NOVINSKY, 2012, p. 16)

Assim, após a criação de Inquisidores Ordinários, bem como de Inquisições delegadas, foi visto a necessariedade de tribunais fixos em vários lugares para combater de forma mais efetiva os hereges. Para que tal empreitada lograsse êxito, foi necessário a ajuda do Estado. Porém, mesmo com a ajuda dos soberanos, a Inquisição Medieval foi marcada por tribunais essencialmente eclesiásticos. (NOVINSKY, 2012, p. 16)

A Igreja, a fim de que os crimes de heresia fossem julgados também por tribunais seculares, passou a promover uma ressignificação do crime lesa-majestade: como o soberano era o representante de Deus na Terra, então qualquer contestação contra os dogmas cristãos eram uma forma de contestação ao poder soberano. Os tribunais seculares,

consequentemente, passaram a ter competência para julgar os hereges. (DAL RI JR., 2006, p. 108)

Já se destacou que a Inquisição teve mais influência na Europa Ocidental. Contudo, durante a Inquisição Medieval, os tribunais inquisitoriais tiveram maior penetração nos territórios franceses, italianos e uma parte da Alemanha, não atingindo com muita força as ilhas britânicas e nem a península ibérica.

Apesar de Portugal e Espanha terem sido um dos lugares em que a Inquisição teve mais força, esta empreitada teve êxito apenas com a Inquisição Moderna, pois, durante o medievo, povos árabes e judeus ainda mantinham certa convivência harmônica com os católicos. Porém, entre o final do período medievo e o início da Idade Moderna, essa situação muda: os árabes são expulsos do sul da Espanha e judeus passaram a ser pressionados para se converterem ao catolicismo caso quisessem permanecer nesses territórios. Vislumbra-se, assim, que tal harmonia passou a ser motivo para conflitos. (NASPOLINI, 2008, p. 236)

O estabelecimento dos tribunais inquisitoriais, durante a Inquisição Medieval, ficou mais forte com a publicação de um manual, Directorium Inquisitorium, de 1376, o qual criou regras sobre o funcionamento da Inquisição, facilitando uma sistematização para os demais inquisidores seguirem. O autor do manual, Nicolau Eymerich, ficou conhecido como o maior inquisidor durante a Idade Média. (NOVINSKY, 2012, p. 20)

Ressalta-se, ainda, que havia uma certa horizontalidade entre os clérigos inquisidores, já que existia entre eles uma facilidade no fluxo de comunicações, o que permitiu uma troca de informações para obtenção de auxílio em casos mais complicados. De acordo com Francisco Bethencourt,

> Todas as informações de que dispomos sobre a Inquisição medieval revelam uma comunicação predominantemente horizontal, compreendendo uma troca frequente de cartas entre os inquisidores de uma mesma província, que praticam a consulta recíproca sobre problemas processuais ou sobre formas de agir perante casos específicos. (BETHENCOURT, 2004, p. 34)

Ainda, segundo Bethencourt, as comunicações durante a Inquisição Medieval eram fluidas, onde inquisidores podiam convocar assembleias para apresentarem os conhecimentos adquiridos durante os processos. Assim, nessas assembleias eram feitos manuais a respeito dos processos julgados pelos cleros, bem como havia uma circulação

desses manuais para que permitissem auxiliar os demais julgadores em casos de heresias novas, ou seja, serviam como um guia de execução. (BETHENCOURT, 2004, p. 34)

3 Processo penal acusatório

A Inquisição Medieval era pautada por um sistema acusatório no julgamento dos hereges, que era o tipo de processo penal aplicado nessa época na Europa Ocidental. Também, pode-se destacar que mesmo com poucos tribunais seculares atuando como tribunais inquisitoriais no início da Inquisição, o direito canônico influenciou muito o direito laico da época, pois aquele era o único direito escrito desse período.

Além da influência do direito canônico na realização do sistema jurídico que embasou a Inquisição, também se pode observar que alguns métodos utilizados eram baseados no costume já existente para julgar os crimes de competência secular. Esses métodos estavam associados ao direito das tribos germânicas, já que após o colapso do Império Romano, boa parte do direito deste império ficou esquecido ou incorporado na construção do direito canônico, o que permitiu que o direito germânico, em alguns casos, pautasse o aparato jurídico para julgar as querelas. (GILISSEN, 1979, p. 162)

O direito germânico era um direito consuetudinário, que tinha na vingança privada seu principal método processual, até ter contato com o direito romano e passar a incluir certos aspectos deste. Segundo o penalista Guilherme Nucci,

> O Direito Germânico, de natureza consuetudinária, caracterizou-se pela vingança privada e pela composição, havendo, posteriormente, a utilização das ordálias ou juízos de Deus [...] e também dos duelos judiciários, onde terminava prevalecendo a lei do mais forte. (NUCCI, 2012, p. 77)

Os crimes de heresia eram divididos em duas categorias: contra a fé, crime daqueles que professavam outra religião, bem como daqueles que contestavam a doutrina cristã; e crimes contra a moral e os costumes, tais como a feitiçaria e a bigamia. Os primeiros eram considerados crimes mais ofensivos contra a Igreja, cabendo, assim, penas mais severas para os indivíduos que os cometessem. (NOVINSKY, 2012, p. 56)

O sistema penal acusatório iniciava-se a partir da denúncia de uma pessoa privada contra o suposto herege. Essas denúncias não eram obtidas somente através de uma

denúncia direta, mas mesmo pequenas brigas ou discussões, bem como as tagarelices e fofocas de vilarejo podiam servir de denúncia. (MANDROU, 1979, p. 81) As denúncias feitas diretamente a um julgador eram feitas sob juramento, tendo como consequência o início do processo contra o acusado.

Logo que denunciado, este indivíduo era preso por um funcionário da Inquisição, que se dirigia até a casa do deste. Além de prendê-lo, cabia ao funcionário apreender todos os bens do suspeito, bem como lacrava a porta da casa, impedindo que qualquer pessoa adentrasse nela, mesmo a própria família. Desse modo, enquanto perdurasse o julgamento, a família do acusado era jogada na rua, dependendo da ajuda dos vizinhos. (NOVINSKY, 2012, p. 58)

Além de ser preso e ter seus bens confiscados, ao acusado não era informado por qual crime estava sendo encarcerado nem quem o havia denunciado. Sendo que por boa parte da Inquisição Medieval não era permitido ao suspeito o auxílio de um advogado. Dessa forma, coube ao acusado apenas esperar os ordálios para se manifestar.

Após a denúncia, o juiz do caso analisava as provas: caso o réu confessasse a culpa ou as provas fossem inequívocas, já bastava para condená-lo. Porém, na maioria dos casos isso não acontecia, pois havia dúvida sobre tais provas. Cabia então ao juiz dar andamento ao processo para a verificação de culpa do acusado. Assim, como destaca Samyra Naspolini,

> Em caso de dúvida, a determinação de culpa ou inocência era feita de modo irracional, recorrendo-se à intervenção divina para que fornecesse algum sinal contra ou a favor do acusado. Não cabia ao homem a investigação do crime, pois o assunto era colocado nas mãos de Deus. (NASPOLINI, 2008, p. 239)

O método mais utilizado pelos tribunais era chamado de ordálio. Este método consistia em testes pelo qual o réu deveria passar para que se pudesse avaliar a sua inocência. Os principais testes consistiam em mergulhar o braço do acusado em água fervente, carregar ou andar sobre ferro em brasas: caso o acusado fosse inocente, em alguns dias após o teste, as partes do corpo queimadas deveriam estar curadas, já que Deus as teria curado por milagre como sinal de inocência. Também havia um teste em que o réu era jogado em um rio, e se fosse inocente, deveria afundar, pois era um indicativo de que Deus o teria acolhido. (NASPOLINI, 2008, p. 239)

Ademais, também eram utilizados, como método de avaliação de culpa, os duelos judiciais e a compurgação. Aquele consistia em uma luta entre acusador e acusado, sendo que ambos poderiam escolher um padrinho para lutar em seu lugar, onde o vencedor atestava sua inocência e a culpa do outro. Já a compurgação era um método utilizado em crimes menores, pautando-se na obtenção de várias testemunhas para confirmar a inocência do acusado. (NASPOLINI, 2008, p. 239)

Vislumbra-se, assim, que a atividade desempenhada pelo juiz era de mero árbitro, já que apenas deveria conduzir o processo. Também havia um promotor nesses processos, que era representado pelo acusador. Este, contudo, apesar de participar da condução do processo, poderia ser processado ao final deste, caso o acusado provasse sua inocência. (NASPOLINI, 2008, p. 241)

Após a condenação, destaca-se como pena principal a morte, geralmente pela fogueira. Havia também o banimento, o flagelo, além do confisco dos bens do condenado. O número de mortes durante a Inquisição Medieval não foi tão numeroso quanto a da Inquisição Moderna. Porém, o somatório de mortes de ambos os períodos foi absurdamente grande. De acordo com o historiador Brian P. Levack, acredita-se que tenham sido queimadas cem mil bruxas nas fogueiras. (LEVACK, 1988, p. 63-65)

Já no final da Idade Média, o alto clero começou a se mostrar insatisfeito com o sistema penal acusatório como o meio utilizado pelos tribunais inquisitoriais para o julgamento dos hereges, pois não via resultado desejado na luta contra as heresias. Assim, começou uma mudança dentro da Inquisição partindo das falhas presentes nesse tipo de sistema penal para melhorar o aparato judicial inquisitorial.

As inúmeras falhas podiam ser observadas, primeiramente, já na insegurança que o processo acusatório representava para o acusador, que poderia sofrer um processo se o acusado fosse inocente. Assim, muitos indivíduos passaram a ter receio de apresentar uma denúncia contra alguém, justamente pela questão de poderem ser processados também. (CARVALHO, 2008, p. 252)

Outro ponto visto como deficiente era a questão da dificuldade pelos quais os crimes ocultos conseguiam ser julgados, já que nenhuma pessoa privada teria condições de prestar denúncia contra algo que não presenciaram e nem poderiam supor quem teria cometido tal crime, impedindo que a ação penal tivesse início. Além disso, também era

facilmente manipulável a utilização dos métodos do processo em favor do acusado, já que este, após ter presenciado outros testes, poderia se valer de boas técnicas para ganhar nos testes. (NASPOLINI, 2008, p. 239)

A questão da manipulação nos ordálios, duelos judiciais e na compurgação poderia acontecer quando o acusado, tendo técnicas respiratórias muito boas, poderia ficar mais tempo embaixo d'água e, consequentemente, vencer no teste, ou com uma facilidade na regeneração de tecidos, através do conhecimento e uso de plantas medicinais, curando-se mais rapidamente, e também completar o teste a seu favor. Quanto aos duelos, poderia-se contratar um excelente guerreiro como padrinho. Já na compurgação, quanto mais rico ou quanto mais querido por pessoas vizinhas da aldeia, mais testemunhas o acusado poderia conseguir. (NASPOLINI, 2008, p. 239)

A fim de dificultar a continuação do processo acusatório, verifica-se que a própria Igreja passou a proibir a presença de cleros nos ordálios, como uma forma de inserir aos poucos o novo tipo de processo penal que estava sendo desenvolvido, alegando que "a pretensão executória era suprimida pelo fato de que os representantes de Deus não podiam causar dano corporal aos acusados." (CARVALHO, 2008, p. 252)

Assim, destaca-se que a mudança do processo penal acusatório para o inquisitório foi uma das principais características que permitiram que a Inquisição se tornasse mais forte, além de ter marcado a mudança da Inquisição Medieval para a Inquisição Moderna. Segundo Salo de Carvalho, essa mudança permitiu algumas vantagens:

> Situam-se: a) as denúncias eram públicas e restritas somente à vítima ou à sua família; b) a responsabilidade do acusador foi eliminada, bem como a necessidade de identidade; c) para a condenação eram necessárias provas conclusivas de culpabilidade; e d) redimensionou-se o uso da tortura para a obtenção de confissões e co-autores. (CARVALHO, 2008, p. 252)

Outro aspecto importante a ser ressaltado foi a questão das comunicações entre os inquisidores, que também sofreram mudanças para se adequar à nova fase. Assim, segundo Francisco Bethencourt, os fluxos de comunicação transformaram-se:

> A troca horizontal de informações praticamente desapareceu, as reuniões informais entre inquisidores da mesma província deixaram de ter razão de existir, a circulação de manuais passou a ser controlada pelos organismos centrais, a delegação de poderes perdeu o caráter fluido e arbitrário da Inquisição medieval. (BETHENCOURT, 2004, p. 35)

Além da questão do fracasso do próprio sistema penal acusatório, também havia outra questão que levou os juristas da época a repensarem esse sistema: o ressurgimento do direito romano, voltando a ser estudado a partir do final do século XII, período da Baixa Idade Média, o que permitiu ao clero a sua utilização a seu favor para poder alterar o processo acusatório para o inquisitório.

Apesar de o direito romano ter sido esquecido em boa parte da Europa Ocidental durante a Idade Média, ou ter sido aderido em alguns aspectos pelo direito consuetudinário germânico, aquele ainda tinha uma certa utilização nas regiões onde o Império Romano era mais forte, sendo tal região a própria península Itália. Foi, consequentemente, na Universidade de Bolonha que o direito romano passou a ser reutilizado mais intensamente, bem como permitiu uma irradiação aos demais territórios europeus. (GILISSEN, 1979, p. 204)

Entre os principais instrumentos jurídicos romanos que os juristas italianos trouxeram de volta para o estudo do direito está o *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano. Resta evidenciado, assim, a inserção do direito romano no âmbito europeu no final do medievo, como elucida John Gilissen,

> Um fator que influenciou profundamente a evolução do direito na Europa, foi o renascimento do direito romano a partir do século XII; começou na Itália, desenvolveu-se em França, na Alemanha, na Espanha, na Polônia, mas muito pouco em Inglaterra. (GILISSEN, 1979, p. 130)

4 Considerações finais

A história demonstrou que a religião criada por Cristo e pregada por seus discípulos passou a ser usada por alguns indivíduos como uma máquina de poder para controlar a população, através do uso da mensagem de salvação eterna que somente aqueles que seguiam a doutrina cristã podiam alcançar.

Porém, já no início da Baixa Idade Média, a Igreja, mesmo lutando nas Cruzadas contra os mouros, que representavam aqueles indivíduos pecadores por não seguirem a única e verdadeira religião existente, passou a ser questionada pelos próprios seguidores. Essas contestações aos dogmas católicos ficaram conhecidas como heresias.

Assim, a fim de manter o poder que a Igreja Católica construiu, o Papado e alto clero, já na Idade Média, passaram a se valer de um aparato jurídico para conter as contestações que sofriam: o Tribunal do Santo Ofício da Inquisição.

A Inquisição, apesar de ser conhecida principalmente na época do processo penal inquisitorial, marcado pela tortura e confissão, inicialmente se pautou por um processo penal acusatório, que tinha muitos métodos diferentes daquele. Esse sistema acusatório, de acordo com estudos históricos, seguia os métodos judiciais da época, em que havia muita influência do direito canônico, aliado a práticas do direito das tribos germânicas.

Porém, este período inicial da Inquisição, conhecido como Inquisição Medieval, que durou aproximadamente dos séculos XII ao final do século XIII, começou a apresentar muitas falhas durante os processos. Dessa forma, a Igreja, para continuar protegida das heresias, precisou substituir o processo acusatório pelo inquisitório, que foi muito mais eficaz para os anseios desta.

Essa mudança de processo foi pautada pelo ressurgimento do direito romano nos estudos dos juristas da época, permitindo, dessa forma, que todo os elementos do direito inquisitorial ineficazes fossem reanalisados, o que possibilitou a construção do direito penal inquisitorial.

Assim, a própria Igreja foi a responsável pela mudança do processo penal que guiava a Inquisição, aliada aos estudos dos juristas da Universidade de Bolonha, que trouxeram de volta o direito romano, fazendo com que no final da Idade Média todo o direito presente na Europa Ocidental fosse revisto sob uma nova ótica.

Foi com esse novo enfoque dado ao direito ao fim do medievo que a Inquisição se fortaleceu e atingiu seu ápice, na Idade Moderna, sobretudo na península ibérica, possibilitando que a Igreja controlasse de forma mais eficaz as heresias.

Enfim, um estudo histórico permitiu uma análise detalhada de todos os fenômenos pela qual passou a sociedade durante a Idade Média e, dessa maneira, permitiu uma busca mais específica de como os aparatos jurídicos eram usados nesse período e por qual motivo precisaram ser modificados. Assim, pode-se chegar a conclusão sobre quais foram os motivos que deram início à Inquisição, qual seu sistema jurídico inicial e por qual razão este não foi eficaz e precisou ser substituído.

5 Referências Bibliográficas

DAL RI JÚNIOR, Arno. **O Estado e seus inimigos**: a repressão política na história do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

BETHENCOURT, Francisco. **História das inquisições**. São Paulo : Cia das Letras, 2000.

CARVALHO, Salo de. **Da desconstrução do modelo jurídico inquisitorial. In: WOLKMER, Antonio C. (Org.). Fundamentos de história do direito**. 4. ed. Belo Horizente: Del Rey, 2008.

DELUMEAU, Jean. **História do medo no ocidente: 1300-1800**. São Paulo : Cia das Letras, 2001.

EYMERICH, Nicolau. **Manual dos Inquisidores**. 2. ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1993.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. 38. ed. Petrópolis: Vozes, 2010.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1979.

LEVACK, Brian P. **A caça às bruxas na Europa Moderna**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Campus, 1988. 273p.

MANDROU, Robert. **Magistrados e feiticeiros na França do século XVII**. São Paulo: Perspectiva, 1979. 458p.

NASPOLINI, Samyra H. **Aspectos históricos, políticos e legais da inquisição. In: WOLKMER, Antonio C. (Org.). Fundamentos de história do direito**. 4. ed. Belo Horizente: Del Rey, 2008.

NOVINSKY, Anita. **A inquisição**. 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 2012.

NOVINSKY, Anita; CARNEIRO, Maria Luíza Tucci (Org.). **Inquisição: ensaios sobre mentalidades, heresias e arte**. Rio de Janeiro: Expressão e Cultura; São Paulo: Edusp, 1992.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

O JULGAMENTO DE CIVIL PELA JUSTIÇA MILITAR À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E SUA (IN)COMPATIBILIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Celeste Maria Damasceno de Morais[*]

Palavras-chave: competência da justiça militar; jurisprudência do supremo tribunal federal; corte interamericana sobre direitos humanos; controle de convencionalidade

Resumo: O presente artigo tem como objetivo analisar o posicionamento jurisprudencial junto ao Supremo Tribunal Federal (STF) no que se refere ao julgamento de civil pela Justiça Militar à luz dos Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos, notadamente o Pacto de São José da Costa Rica, identificando a sua influência no meio jurídico brasileiro. Para tanto, utilizar-se-á, inicialmente, o método indutivo através da pesquisa bibliográfica, apresentando-se seis julgados do STF e, para que sejam analisados juntamente com o caso Castillo Petruzzi versus Peru, num exame comparativo pertinente ao objeto do presente estudo. A pertinência para esta pesquisa encontra-se amparada na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 289, de autoria da Procuradoria Geral da República, cuja ação pede limites à Justiça Militar para julgar civis em tempos de paz. Essa ação pretende que se reconheça a incompetência da Justiça Militar para julgar civis e que esses crimes sejam submetidos a julgamento pela Justiça comum federal ou estadual. Além disso, essa postura de julgamento de civil pela Justiça Militar viola a orientação da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Por isso a necessidade do estudo do tema, tendo em vista a incorporação dos Tratados internacionais no direito brasileiro. Atualmente, o Superior Tribunal Militar (STM) entende que o dispositivo constitucional do artigo 124 da Constituição Federal permite que civis se submetam a sua jurisdição utilizando-se do artigo 9º, incisos I e III do Código Penal Militar como fundamento. Assim, a preocupação fundamental deste artigo evidencia-se no reflexo da proteção dos direitos humanos quanto à análise das relações entre os ordenamentos jurídicos internacional e o interno ressaltando-se a existência de antinomias entre esses diferentes ordenamentos e suas formas de solução, principalmente, como vêm decidindo o Supremo Tribunal Federal em casos análogos.

[*] Bacharel em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI); especialista em Direito Penal e Processual Penal.

Keywords: competence of military courts; jurisprudence of the supreme court; Inter-American Court of Human Rrights; conventionality control.

Abstract: This article aims to analyze the jurisprudential position of the Federal Supreme Court (FSC) in relation to the civil trial by military justice in the light of international treaties on human rights treaties, notably the pact of San José Costa Rica identifying its influence in the Brazilian legal environment. For this purpose, it will be used, initially, the inductive method by means of bibliographic research, presenting six judged by the Supreme Court and, to be analyzed together with that Castillo Petruzzi versus Peru, a relevant comparative examination to the object of this study. The relevance to this research is supported by the Action of Breach of Fundamental Precep (ADPF) number 289, by the Attorney General of the Republic, whose action calls for limits on the military courts to judge civilians in peacetime. This action aims to recognize that there is not jurisdiction of the military courts to judge civilians and that these crimes be brought to trial by common courts, federal or state. Moreover, this posture of civil trial by military courts violate the orientation of the Inter-American Court of Human Rights. For this reason, the need for this study of the subject, with a view to the incorporation of international treaties in Brazilian law. Currently, the Superior Military Court (SMC), believes that the constitutionals provision of article 124 of the Federal Constitution allows civilians to submit to its jurisdiction using Article 9, items I e III the Military Penal Code as a support. Thus, the major concern of this work is shown by the reflection in the protection of human rights as well as the analysis of the relationship between the legal systems international and internal, emphasizing the existence of contradictions between these different systems and their forms of solution, especially as it is deciding the Federal Supreme Court in similar cases.

1 Introdução

O reflexo da jurisprudência do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) alcança o Direito brasileiro.

Todos os envolvidos no processo de proteção às violações de direitos humanos devem ter conhecimento das normas internacionais pertinentes e da sua interpretação, ou seja, da interpretação que os órgãos internacionais vêm dando aos tratados.

Ademais, com o advento do parágrafo 3º, do artigo 5º da Constituição Federal, tanto os tratados sobre direitos humanos anteriores como os posteriores poderão integrar o rol dos direitos e garantias fundamentais, desde que submetidos à aprovação pelo quórum previsto no parágrafo acima mencionado, qual sejam, três quintos dos votos dos respectivos membros, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, serão equivalentes às emendas à Constituição. Portanto, o Pacto de São José da Costa Rica foi resgatado pela nova disposição do parágrafo em comento, possuindo eficácia retroativa (PIOVESAN, 2008, p. 73-74).

Ressalte-se, o objeto da pesquisa são os Direitos Humanos: O julgamento de civil pela Justiça Militar à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e sua (in)compatibilidade com a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A delimitação temática foi analisar os critérios de solução de conflitos entre o direito internacional e o direito interno. Porém, o objeto de estudo encontra-se em apreciação no Supremo Tribunal Federal (STF), nesse sentido, destacou-se o que se refere à possibilidade da prisão civil por dívida, apresentando-se o conflito normativo entre o Pacto de São José da Costa Rica e a Constituição Federal. Para tanto, tomou-se como parâmetro o RE nº 466.343, quando o STF em 03 de dezembro de 2008 adotou a teoria da supralegalidade, impedindo a prisão civil do depositário infiel.

O cerne desse embate encontra-se na hierarquia dos Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos, frente a uma interpretação a partir da Emenda Constitucional nº 45 de 8 de dezembro de 2004, pois, até o presente momento, o Supremo Tribunal Federal ainda não

reconheceu o *status* constitucional material para esses Tratados, anteriores à referida emenda constitucional.

Para a realização deste artigo buscar-se-á responder as seguintes questões: O julgamento de civis pela Justiça Militar fere Direitos Humanos? Em que sentido a Emenda Constitucional nº 45 de 2004 (EC 45), a qual inseriu o parágrafo 3º ao artigo 5º da Constituição Federal, respaldou o posicionamento dos Ministros e, da Suprema Corte? Poderão ocorrer mudanças na jurisprudência em favor à vertente contrária à atual (supralegalidade)? No mesmo sentido, poderão ocorrer mudanças em favor da tese da constitucionalidade?

Alcançar-se-á as respostas para as hipóteses levantadas, utilizando-se na fase de investigação o método indutivo; na fase de tratamento de dados será o jurisprudencial, delimitando-se decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no período de 10.03.2008 a 12.06.2013, somando-se jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

2 A prevalência dos Direitos Humanos na Constituição Federal

Com o advento da Constituição Federal os direitos humanos tiveram grande destaque, em consequência do processo de democratização do Estado brasileiro, destacando-se a proteção dos direitos humanos, consagrando os direitos e garantias fundamentais (PIOVESAN, 2008, p. 25).

Ao tratar do processo de democratização do Estado brasileiro, Francisco Bruno Neto observa alguns dos objetivos dispostos na Constituição Federal com fins a alcançar-se no Estado Democrático como: o exercício dos direitos sociais e individuais [...]; a segurança que deve ser entendida em seu sentido amplo: segurança jurídica e a segurança pessoal; o outro propósito da Constituição é assegurar o desenvolvimento econômico; a igualdade e, por fim, o Estado Democrático deverá construir uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos de raça, cor, trabalho, sexo, origem familiar ou de condição socioeconômica (BRUNO NETO, 2003, p. 2).

Como aduz Flávia Piovesan: "a Carta de 1988, situa-se como marco jurídico da transição democrática e da institucionalização dos direitos humanos no Brasil" (PIOVESAN, 2008, p. 3).

Note-se, o princípio da prevalência dos direitos humanos inserido no artigo 4º, inciso II da Constituição Federal, deve ser interpretado de forma ampla, pois vincula os atos da diplomacia brasileira que devem respeitar os tratados e atos unilaterais que versem sobre direitos humanos (PIOVESAN, 2008, p. 38).

Nesse sentido, acrescenta-se lição de Flávia Piovesan ao discorrer sobre o princípio da prevalência dos direitos humanos:

> A prevalência dos direitos humanos, como princípio a reger o Brasil no âmbito internacional, não implica apenas o engajamento do País no processo de elaboração de normas vinculadas ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, mas sim a busca da plena integração de tais regras na ordem jurídica interna brasileira. Implica, ademais, o compromisso de adotar uma posição política contrária aos Estados em que os direitos humanos sejam gravemente desrespeitados. (PIOVESAN, 2008, p. 40).

Por esse princípio, toda e qualquer decisão dos tribunais internacionais de que o Brasil se propõe a fundamentar suas relações com base na prevalência dos direitos humanos, deve ser acatada no direito interno. Notadamente, decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, cuja jurisdição o Brasil aceita desde 1998 (PIOVESAN, 2008, p. 40-41).

Com efeito, é de extrema relevância o alcance da previsão do artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição Federal, ao determinar que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais de que o Brasil seja signatário (PIOVESAN, 2008, p. 41-42).

Dessa forma, o princípio da prevalência dos direitos humanos também representa a busca da plena integração das normas internacionais à ordem jurídica interna (PIOVESAN, 2008, p. 42).

Por fim, chega-se a uma conclusão óbvia: a Constituição Federal ampliou os direitos e garantias fundamentais com avanço na proteção dos direitos humanos. Assim, destaca-se a consolidação do Estado Democrático de Direitos em seu preâmbulo:

> Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos, em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil. (BRASIL, 1988).

Em suma, os princípios e normas inseridos na Constituição Federal garantem o Estado Democrático de Direitos, somando-se a prevalência dos direitos humanos, ainda que oriundos dos tratados internacionais.

2.1 Hierarquia dos tratados de direitos humanos no direito interno

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, parágrafo 3º, introduzido pela Emenda Constitucional nº 45 de 8 de dezembro de 2004 garante:

> Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas à Constituição. (BRASIL, 1988).

Para Flávia Piovesan (2008, p.73-74) com a adoção do parágrafo 3º, tanto os tratados sobre direitos humanos anteriores como os posteriores poderão integrar o rol dos direitos e garantias fundamentais, desde que submetidos à aprovação pelo quórum previsto nesse parágrafo. Nos dizeres da autora, o Pacto de São José da Costa Rica foi resgatado pela nova disposição do parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição Federal, a qual possui eficácia retroativa.

Atualmente, apenas um único tratado internacional de direitos humanos já foi incorporado pela nova regra com quórum de Emenda Constitucional, qual seja a Convenção Internacional de Proteção aos Direitos do Deficiente Físico (Decreto n° 6.949, de 25 de agosto de 2009) (BRASIL, 2009).

Ressalte-se, os demais Tratados Internacionais de direitos humanos já incorporados, e que não foram aprovados por este quórum, receberam tratamento pelo Supremo Tribunal Federal, com base nos artigos 4º, inciso II e artigo 5º, parágrafo 2º, ambos da Constituição Federal, como normas supralegais, ou seja, normas que estão abaixo da Constituição Federal, mas acima das demais.

Essa polêmica acerca da posição hierárquica dos Tratados sobre Direitos Humanos encontra-se suspensa no STF. Em decisão do ano de 2008, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento conjunto do RE 349.703/RS, com relatoria para o acórdão do Ministro Gilmar Mendes; RE 466.343/SP Relator Ministro Cezar Peluso; HC 87.585/TO; HC 92.566/SP Relator Ministro Marco Aurélio, firmou o entendimento de que não mais subsiste, em nosso sistema constitucional, a possibilidade jurídica de decretação da prisão civil do depositário infiel, inclusive a do depositário judicial. (BRASIL, 2008, 2009).

Da análise dos referidos julgados, observou-se que o Supremo reconheceu que os tratados de direitos humanos valem mais do que a lei ordinária.

E, também, ao assim decidir, teve presente o que dispõe, na matéria, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos/Pacto de São José da Costa Rica (artigo 7º, § 7º, bem como, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos artigo 11) (RANGEL, 2002, p. 699-721).

Em consequência de tais decisões plenárias, o STF, no julgamento do HC 92.566/SP, relator ministro Marco Aurélio, declarou expressamente revogada a Súmula 619/STF, que autorizava a decretação da prisão civil do depositário judicial no próprio processo em que se constituiu o encargo, independentemente do prévio ajuizamento da ação de depósito.

Destaca-se o caso abaixo, a respeito do impacto do parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição Federal, quando do julgamento do HC 96.772/SP, tendo como relator Ministro Celso de Mello, em junho de 2009:

> EMENTA: 'HABEAS CORPUS' – PRISÃO CIVIL – DEPOSITÁRIO JUDICIAL – REVOGAÇÃO DA SÚMULA 619/STF – A QUESTÃO DA INFIDELIDADE DEPOSITÁRIA – CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (ARTIGO 7º, N. 7)) – NATUREZA CONSTITUCIONAL OU CARÁTER DE SUPRALEGALIDADE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS? PEDIDO DEFERIDO. ILEGITIMIDADE JURÍDICA DA DECRETAÇÃO DA PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL, AINDA QUE SE CUIDE DE DEPOSITÁRIO JUDICIAL. – Não mais subsiste, no sistema normativo brasileiro, a prisão civil por infidelidade depositária, independentemente da modalidade de depósito, trata-se de depósito voluntário (convencional) ou cuide-se de depósito necessário, como o é o depósito judicial. Precedentes. Revogação da Súmula 619/STF. TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS: AS SUAS RELAÇÕES COM O DIREITO INTERNO BRASILEIRO E A QUESTÃO DE SUA POSIÇÃO HIERÁRQUICA. – A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 7º, n. 7). Caráter subordinantes dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos e o sistema de proteção dos direitos básicos da pessoa humana. – Relações entre o direito interno brasileiro e as convenções internacionais de direitos humanos (CF, art. 5º §§ 2º e 3º). Precedentes. – Posição hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento positivo interno do Brasil: natureza constitucional ou caráter de supralegalidade? – Entendimento do Relator, Min. CELSO DE MELLO, que atribui hierarquia constitucional às convenções internacionais em matéria de direitos humanos. A INTERPRETAÇÃO JUDICIAL COMO INSTRUMENTO DE MUTAÇÃO INFORMAL DA CONSTITUIÇÃO. – A questão dos processos informais de mutação constitucional e o papel do Poder Judiciário: a interpretação judicial como instrumento judicante idôneo de mudança informal da Constituição. A legitimidade da adequação, mediante interpretação do Poder Judiciário, da própria Constituição da República, se e quando imperioso compatibilizá-la, mediante exegese atualizadora, com as novas exigências, necessidades e transformações resultantes dos processos sociais, econômicos e políticos que caracterizam, em seus múltiplos e complexos aspectos, a sociedade contemporânea. HEMENÊUTICA E DIREITOS HUMANOS: A NORMA MAIS FAVORÁVEL COMO CRITÉRIO QUE DEVE REGER A INTERPRETAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. – Os magistrados e Tribunais, no exercício de sua atividade interpretativa, especialmente no âmbito dos tratados internacionais de direitos humanos, devem observar um princípio hermenêutico básico (tal como aquele proclamado no Artigo 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos), consistente em atribuir primazia à norma que se revele mais favorável à pessoa humana, em ordem a dispensar-lhe a mais ampla proteção jurídica. – O Poder Judiciário, nesse processo hermenêutico que prestigia o critério da norma mais favorável (que se acha positivada no próprio direito interno do Estado), deverá extrair a máxima eficácia das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, como forma de viabilizar o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais, notadamente os mais vulneráveis, a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, sob pena de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana tornarem-se palavras vãs. – Aplicação, ao caso, do Artigo 7º, n. 7, c/c o Artigo 29, ambos da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica): um caso típico de primazia da regra mais favorável à proteção efetiva do ser humano. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 96772, Relator: Min. Celso de Melo. Brasília, DF, 09 de junho de 2009).

Da cursiva presente no acórdão supramencionado, verifica-se que o parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição Federal, atribui o status de norma formalmente constitucional aos tratados de direitos humanos que obedecerem ao procedimento nele contemplado; quórum qualificado de três quintos dos votos dos membros de cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos (PIOVESAN, 2008, p.76).

Do exposto, no que diz respeito à hierarquia jurídica dos tratados internacionais, destaca-se a teoria da supraconstitucionalidade, nela, em caso de conflito com o direito interno, prevalecem sempre os tratados. Destacam-se alguns defensores dessa teoria como:

Augustin Gordilho, André Gonçalves Pereira, Fausto de Quadros, Hildebrando Accioly e Marotta Rangel (PIOVESAN, 2008, p. 68-70).

No ordenamento jurídico brasileiro há uma pluralidade de conflitos pertinentes ao artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição Federal. Assim, pretendeu-se frisar que os direitos humanos encontram proteção em diversos dispositivos constitucionais.

Ademais, de acordo com o parágrafo 3º, do artigo 5º, da Constituição Federal, a Convenção Internacional sobre Direitos Humanos presente no texto da Emenda Constitucional nº 45/2004, continua em vigor, com força de emenda constitucional. A regra do dispositivo é clara, no sentido de que os tratados internacionais concernentes a direitos humanos nos quais o Brasil seja parte devem ser assimilados pela ordem jurídica do país como normas de hierarquia constitucional.

2.1.1 Controle de convencionalidade

O controle de Convencionalidade existe para garantir à eficácia dos instrumentos internacionais decorrentes de tratados, notadamente, a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). Portanto, necessita-se que o Poder Judiciário brasileiro tenha efetiva condição de dialogar com esses novos padrões de interpretação dados pela CIDH, consubstanciando-se na Convenção Americana de Direitos Humanos.

Corroborando, nas palavras de Cristian Courtis e Victor Abramovich, quanto à interpretação do conteúdo dos tratados lecionam:

> Esta nova situação coloca que os organismos nacionais precisam saber o alcance da interpretação do conteúdo dos tratados internacionais de direitos humanos por organismos internacionais de implementação do tratado – e, então, finalmente, julgar o desempenho ou não desempenho do Estado de suas obrigações internacionais -. O argumento ganha maior peso quando o Estado se submete à jurisdição dos Tribunais internacionais, e ainda mais quando – de acordo com o respectivo sistema de incorporação – o Estado torna-se parte do tratado em seu próprio direito interno, permitindo que os indivíduos exerçam direitos nele contidos perante os tribunais internos. A ideia principal que queremos comunicar é: quando os Estados adotarem um tratado internacional sobre direitos humanos, não só estão vinculados ao texto, mas também pelas interpretações de que os órgãos de controladoria, texto feito, estabelecidos pelo próprio tratado. (COURTIS; ABRAMOVICH, 2002, p. 80).

Depreende-se do exposto que os Tribunais e juízes brasileiros encontram-se longe da realidade dos argumentos apresentados acima, pois, quando da incorporação dos tratados internacionais no ordenamento jurídico pátrio, o Supremo vem atribuindo status normativo de supralegalidade para os tratados incorporados antes a EC nº 45/2004. Assim, além de o Supremo deixar de contemplar a melhor doutrina internacional sobre o assunto, as suas decisões demonstram desacordo com a jurisprudência pacífica dessa Corte Internacional.

Para a Corte interamericana de Direitos Humanos é pacífico a necessidade de harmonia entre o direito interno, a jurisprudência nacional e os preceitos da Convenção Americana de Direitos Humanos e, a interpretação feita por esse Tribunal.

A CIDH manifestou-se pela primeira vez acerca do Controle de Convencionalidade na sentença no Caso Almonacid Arellano quando assentou:

> Parágrafo nº 124.
> O Tribunal está ciente de que os juízes e os tribunais internos estão sujeitos ao império da lei, portanto, são obrigados a aplicar as disposições da lei. Mas quando um Estado ratificou um tratado internacional como da Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparelho do Estado, também estão sujeitos a ela, forçando-os a garantir que os efeitos das disposições da Convenção não são vistos afetados pela aplicação das leis ao contrário do seu objeto e finalidade, e que desde o início, sem efeito legal. Ou seja, o poder Judiciário deve exercer uma espécie de controle de convencionalidade entre as disposições legais nacionais que se aplicam em casos concretos e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nesta tarefa, o Judiciário deve levar em conta não só o tratado, mas também a interpretação feita pelo Tribunal, o intérprete final da Convenção Americana. (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Almonacid Arellano e outros *versus* Chile, sentença de mérito de 26 de setembro de 2006, tradução nossa).

Pode-se notar que, cabe ao Tribunal Interamericano o Controle de Convencionalidade, tendo a palavra final à interpretação da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Reforça-se, a necessidade do conhecimento acerca das normas e da jurisprudência interamericanas, por parte dos magistrados brasileiros, para o enriquecimento de seus argumentos e de suas decisões.

3 O julgamento de civil pela justiça militar à luz da jurisprudência do STF e a corte interamericana sobre direitos humanos

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, foi assinado em São José, Costa Rica, em 1969, entrando em vigor em 1978 (PIOVESAN, 2008, p. 243-244).

O Brasil aderiu à Convenção Americana sobre Direitos Humanos através do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992 (LOPES JÚNIOR, 2008, p. 140).

Dos direitos protegidos na Convenção Americana de Direitos Humanos, abordar-se-á o artigo 8º, parágrafo 1º da Convenção, que se refere às garantias judiciais, a saber:

> Art. 8º. Garantias judiciais.
> § 1º. Toda pessoa tem direito a ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. (RANGEL, 2002, p. 721).

Desse dispositivo, pode-se extrair que a polêmica envolvendo o julgamento de civil pela Justiça Militar já apresenta contradições entre o disposto no Pacto de São José da Costa Rica, interpretado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, e as normas de direito interno brasileiro.

Nesse conflito entre norma internacional de direitos humanos e norma de direito interno brasileiro, apresentar-se-á mediante análise de caso, reforçando-se a influência dos tratados internacionais de direitos humanos recepcionados no Brasil.

Pode-se observar o choque de normas quando se estabelece uma comparação do artigo supramencionado e os artigos 124 da Constituição Federal, bem como, o artigo 9º, incisos I e III, do Código Penal Militar.

O artigo 124 da Constituição Federal remete para 'crimes militares definidos em lei', transferindo assim para o artigo 9º do Código Penal Militar a definição da matéria e pessoa. Por sua vez, o artigo 9º prevê a possibilidade de um civil cometer um crime militar, portanto, pode um civil ser julgado na justiça militar federal desde que presentes as situações previstas nesse artigo do CPM (LOPES JÚNIOR, 2008, p. 413).

Note-se, o legislador não foi muito feliz quando da elaboração da norma, permitindo o julgamento de civil pela Justiça Militar. Portanto, a necessidade de adequação a Convenção, especialmente no que diz o artigo 8º, parágrafo 1º da Convenção, toda pessoa tem direito a ser ouvida por um juiz ou tribunal competente.

Encontram-se precedentes junto ao Supremo Tribunal Federal admitindo a competência da Justiça Militar para julgar civil em tempos de paz no que ele denomina de crime impróprio. Toma-se como exemplo o julgamento do HC 105.256-PR, tendo como relator o Ministro Celso de Mello, em junho de 2012:

> EMENTA: 'HABEAS CORPUS' – IMPUTAÇÃO, AO PACIENTE, QUE É CIVIL, DE CRIME MILITAR EM SENTIDO IMPRÓPRIO – SUPOSTA PRÁTICA DOS DELITOS DE FALSIDADE IDEOLÓGICA (COM, ART. 312) E DE USO DE DOCUMENTO FALSO (COM ART. 315) – TÍTULO DE INSCRIÇÃO DE EMBARCAÇÃO MIÚDA (TIEM) EMITIDO PELA MARINHA DO BRASIL – LICANÇA DE NATUREZA CIVIL – CARÁTER ANÔMALO DA JURISDIÇÃO PENAL MILITAR SOBRE CIVIS EM TEMPO DE PAZ – REGULAÇÃO DESSE TEMA NO PLANO DO DIREITO COMPARADO – OFENSA AO POSTULADO DO JUIZ NATURAL – INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR – PEDIDO DEFERIDO. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 105256, Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 12 de junho de 2012).

Em seu voto, o relator fez uma distinção no que ele denomina de crime impróprio e crime próprio. No primeiro caso, admite-se a competência da Justiça Militar para julgar civil em tempos de paz. Já no segundo caso, afasta-se essa competência.

Nos termos específicos do artigo 9º do Código Penal Militar, pode-se extrair do inciso I que o crime militar próprio só pode ser praticado por militar. Notadamente, a qualidade de militar do sujeito ativo vem implícita na descrição típica, por exemplo: motim e a revolta (artigos 149 a 153), a violência contra superior ou militar de serviço (artigos 157 a 159), dentre outros (LOBÃO, 2004, p. 79-154).

Dentre os crimes impropriamente militares definidos de forma idêntica no Código Penal Militar e na lei penal comum temos: o homicídio, a lesão corporal, o fruto, a violação de domicílio, entre outros (LOBÃO, 2004, p. 94).

A Constituição Federal não define expressamente crime militar, no entanto, note-se que, em vários artigos aparecem diversas referências, tais como no artigo 5º, inciso LXI; art. 124, § 4º; art. 125, § 4º e art. 144, § 4º (BRASIL, 1988).

Vale à pena repetir que o governo brasileiro havia depositado a carta de adesão em 25 de setembro de 1992, tendo o Vice-Presidente da República, no exercício do cargo de Presidente da República, Itamar Franco, determinado, dispôs no artigo 1º do decreto nº 678 "deverá ser cumprido tão inteiramente como nela se contém" (BRASIL, 1992).

Também se reconheceu as atribuições da Comissão Interamericana de Direitos e a competência da Corte Interamericana, Tribunal a que cabe o julgamento de qualquer caso relativo à interpretação e aplicação da Convenção. O reconhecimento da competência obrigatória da Corte Interamericana ocorreu em 3 de dezembro de 1998, por meio do Decreto-Legislativo nº 89, de 1998, editado pelo Congresso Nacional (BRASIL, 1998).

Nos termos do artigo 1º do referido decreto legislativo, aprovou-se a solicitação de reconhecimento da competência obrigatória da Corte Interamericana sobre Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos para fatos ocorridos a partir do ato de reconhecimento. (BRASIL, 1998). Logo, a República Federativa do Brasil pode ser demandada ante a jurisdição internacional por quaisquer fatos ocorridos a partir de 3 de dezembro de 1998 que violem a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (RANGEL, 2002, p. 345).

Na esfera da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a garantia prevista no artigo 8º, parágrafo primeiro da Convenção Americana sobre Direitos Humanos - por se tratar de legislação que toca o Brasil, Estado-parte da Organização dos Estados Americanos e, signatário do Pacto de São José da Costa Rica (CADH) – temos garantias como "independência", "imparcialidade" e, condição de um magistrado "pré-constituído", dessa ordem, colacionar-se-á jurisprudência da Corte no tocante a primeira garantia, pois, acredita-se ser pressuposto das demais.

Antônio Augusto Cançado Trindade (2006, p. 115) faz alusão à importância da jurisprudência do Tribunal interamericano, citando a sua influência quanto às garantias judiciais previstas no artigo 8º da CADH, dentre elas; a um juiz ou tribunal independente, imparcial e pré-constituído.

O caso Marbury versus Madison foi a primeira decisão de um Tribunal a proclamar a sua competência para afastar leis inconstitucionais, mesmo sem previsão constitucional nesse sentido. Também se evidenciou a independência do Poder Judiciário em relação aos

demais poderes e à legislação. (CENTRO NACIONAL DE CULTURA DA JUSTIÇA. Caso Marbury contra Madson; 5 U.S. 137 1803).

No caso em exame, verifica-se na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos a consolidação sobre a garantia do juiz independente.

Soma-se o Caso Castillo Petruzzi versus Peru nessa análise. Aqui, a Corte Interamericana decidiu que houve violação quanto ao juiz independente, com fundamento no artigo 8º, parágrafo 1º, da CADH. Pode-se extrair dessa decisão:

> O juiz de um caso deve ser competente, independente e imparcial, de acordo com o artigo 8.1 da Convenção Americana. No estudo de caso, as próprias forças armadas estão totalmente engajadas na luta contra os grupos insurgentes, elas estão encarregadas do julgamento de pessoas vinculadas a esses grupos. Isto enfraquece consideravelmente a imparcialidade exigidas pelo juiz. Além disso, de acordo com a Lei Orgânica da Justiça Militar, a nomeação dos membros do Conselho Supremo de Justiça Militar, a mais alta corte dentro da Justiça Militar é feito pelo Ministro do setor pertinente. Os membros do Conselho Militar Supremo, que por sua vez, determinam futuras promoções, incentivos e independência dos juízes militares.esta descoberta põe em questão a independência dos juízes militares. (CORTE INTERAMERICNA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Castillo Petruzzi y outos Versus Peru. Sentença resolutiva de 17 de novembro de 1999. Série C nº 59. par. 130, tradução nossa).

Portanto, percebe-se que no Peru a nomeação dos membros do Conselho Supremo da Justiça Militar fazia-se pelo Ministro do setor pertinente.

Ocorre que, para CIDH, o fato desses membros, nomeados pelo Executivo, serem os mesmos que poderiam promover os juízes hierarquicamente inferiores ou designá-los para determinadas funções, infringiria a garantia a um juiz independente. Essa hierarquia do Poder Executivo sobre o Poder Judiciário põe em dúvida a garantia do juiz independente.

Em Durand e Ugarte, pinça-se um trecho da decisão, especificamente do parágrafo 126, quando a Corte firma jurisprudência no sentido de que se os tribunais que forem julgar os militares "constituem um alto Organismo dos Institutos Armados", vinculando o Poder Executivo, não é possível qualquer manifestação, seja mediante uma sanção, investigação, ou mera opinião, de forma isenta ou equidistante, independente (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Durant y Ugart Versus Peru. Sentença de 28 de maio de 1999. Série C nº 50, tradução nossa). Tal circunstância viola a garantia do juiz independente prevista no artigo 8º, parágrafo 1º do CADH.

Nesse caso, o Tribunal reforçou a tese de que um Estado democrático de direito, a jurisdição penal militar há de ter um alcance restrito e excepcional e estar relacionado à proteção de interesses jurídicos especiais, vinculados com as funções que a lei assina às forças militares, excluindo-se do âmbito da jurisdição militar o julgamento de civis. Aduz; os militares somente devem ser julgados por seus pares, pelo cometimento de crimes ou faltas que, por sua própria natureza, atentem contra bens jurídicos próprios militares (CORTE INTERMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, p. 117).

Nessa esteira jurisprudencial da Corte no que toca as garantias judiciais referidas no artigo 8º, parágrafo 1º, da Convenção Americana de Direitos Humanos citam-se os seguintes casos: Caso Tribunal Constitucional versus Peru, par. 69-75, Caso Apitz Barbera versus Venezuela, par. 84-88, Caso Reverón Trujillo versus Venezuela (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS par. 50-146). Disponível em: <http://www.corteidh.or.crindex;php/es/jurisprudencia>. Acesso em: 12 fev. 2014.

Note-se, dos casos contenciosos apresentados, suas violações estão precipuamente relacionadas às garantias de um juiz independente, imparcial e pré-constituído.

Foi no Caso Castillo Petruzzi e outros versus Peru, que a Corte estabeleceu que a garantia do juiz pré-constituído é o direito a ser julgado por um juiz ou tribunal competente estabelecido anteriormente por lei, implicando que as pessoas têm o direito a ser julgadas por tribunais ordinários, observados os procedimentos legalmente preestabelecidos (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Castillo Petruzzi e outros Versus Peru. par 129).

Conclui-se, dos casos colacionados neste artigo, os países americanos adotam com eficácia as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, contudo, em relação ao diálogo com o Supremo Tribunal Federal demonstra-se que há pouca teoria geral dos direitos humanos em suas decisões. Ainda encontram-se acórdãos tanto no Superior Tribunal Militar (STM), órgão de segundo grau da Justiça Militar da União insistindo em submeter civis, nacionais ou estrangeiros, a jurisdição militar com fundamento no estabelecido no artigo 9º, incisos I e III do Código Penal Militar. Quanto no Supremo Tribunal Federal, que tratem de julgamento de civil pela Justiça Militar em tempos de paz, nos denominados crimes impróprios.

Confirmando o entendimento da Corte interamericana e divergindo do posicionamento do Superior Tribunal Militar, a Procuradoria Geral da República (PGR) ajuizou junto ao Supremo Tribunal Federal (STF), a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 289, em que pede que seja dado ao artigo 9º, incisos I e III, do Código Penal Militar, interpretação conforme a Constituição Federal, a fim de que seja reconhecida a incompetência da Justiça Militar para julgar civis em tempo de paz e que esses crimes sejam submetidos a julgamento perante a Justiça comum, federal ou estadual. Pede também a concessão de liminar para suspender até julgamento de mérito da ADPF, qualquer ato que possa levar civis a serem julgados pela Justiça Militar em tempos de paz (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Notícias STF. Ação pede limites à justiça militar para julgar civis em tempos de paz. Brasília, 22 de agosto de 2013).

Essa abordagem deveria ser aplicada, pois, encontram-se fundamentos para tal na Constituição Federal em seu artigo 1º, inciso I, qual seja o restabelecimento do Estado Democrático de Direitos no Brasil após 1988, objetivando-se limitar a jurisdição militar para os militares e, estes têm como missão preservar a soberania nacional.

Por oportuno, destaca-se resumidamente alguns pontos pertinentes da ação interposta pela Procuradoria Geral da República ADPF nº 289 a saber:

> A ação destaca que o art. 124 da CF dispõe que cabe à Justiça Militar processar e julgar os crimes militares definidos em lei, e que o Superior Tribunal Militar entende que tal dispositivo permite que civis se submetam a sua jurisdição, tendo em vista o disposto no artigo 9º do COM.
> A Procuradoria sustenta, ainda, que 'a submissão de civis à Jurisdição da Justiça Militar, em tempo de paz, viola o estado democrático de direito (artigo 5º, inciso LII, da CF), além do princípio do devido processo legal material e, ainda, os artigos 124 (competência da Justiça Militar para julgar crimes militares e 142 (dispõe sobre as Forças Armadas) da CF. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Notícias STF. Ação pede limites à justiça militar para julgar civis em tempos de paz. Brasília, 22 de agosto de 2013). Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/ver/NoticiaDetalhe.asp?dConteudo=243268&caixaBusca=N>.Acesso em: 06 out. 2013.

A Procuradoria fundamenta o seu pleito com o argumento de que, em regime de normalidade institucional, a competência da Justiça Militar é excepcional para o julgamento de civis. De acordo com a PGR, 'atualmente, tratando-se de crime militar praticado por civil, para definir-se a competência, investiga-se qual a intenção do agente civil' (BRASIL.

Supremo Tribunal Federal. Notícias STF. Ação pede limites à justiça militar para julgar civis em tempos de paz. Brasília, 22 de agosto de 2013).

Esclarece-se, pois, caberá ao Supremo Tribunal Federal decidir se no Estado Democrático de Direito, a Justiça Militar da União em face dos preceitos constitucionais e dos tratados internacionais subscritos pelo Brasil tem ou não competência para julgar civis acusados da prática de crimes militares em tempo de paz.

Sinteticamente tentou-se delinear a teoria do Controle de Convencionalidade; a nova perspectiva no plano do direito internacional em dar primazia à pessoa humana. Por essa teoria os juízes e Tribunais nacionais devem verificar se suas decisões não ferem a Constituição Federal e, paralelamente se tais decisões estão em conformidade com as Convenções Internacionais ratificadas pelo Brasil.

Mas, verifica-se, timidamente, uma maior aproximação com os instrumentos normativos e a jurisprudência do Tribunal Interamericano, como demonstrado no HC 96.772-8, do ministro Celso de Melo. Em seu voto, mais uma vez o ministro deixou claro o seu entendimento quanto a posição hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos e, o caráter subordinante destes nas relações com o direito interno brasileiro, para o qual o juiz brasileiro precisa atentar-se. [1]

Dessa escassa interação entre o Supremo Tribunal Federal e o Sistema Interamericano, cumpre-se ao judiciário brasileiro, adequar-se aos padrões previstos na Comissão Interamericana de Direitos Humanos, sob pena de suas decisões judiciais serem consideradas violações de direitos humanos.

4 Considerações finais

No decorrer desse breve artigo procurou-se estabelecer um elo do objeto da pesquisa, o julgamento de civil pela Justiça Militar em tempos de paz e os direitos humanos entrelaçando-se à luz da teoria do Controle de Convencionalidade.

Para tanto, partiu-se de uma breve abordagem sobre a prevalência dos direitos humanos na Constituição Federal.

[1] O ministro Celso de Melo, juntamente com Cezar Peluso, Eros Grau e Ellen Gracie, já havia sustentado a hierarquia constitucional de todos os tratados de direitos humanos no RE. 466.343.

Nessa dinâmica, investigou-se a relação da Constituição Federal e os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos. Pois, no processo de democratização do Brasil, a Constituição estabeleceu princípios como o da prevalência dos direitos humanos.

Ainda, buscou-se analisar o modo pelo qual a Constituição incorpora os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, atribuindo-lhes um status hierárquico diferenciado.

Essa diferenciação dedicada aos direitos humanos é considerada fator essencial para a solução dos conflitos entre os tratados internacionais e o direito interno.

A proposta desse estudo foi analisar os critérios de solução de conflitos entre o direito internacional e o direito interno. Porém, o objeto de estudo ainda encontra-se em apreciação junto ao Supremo Tribunal Federal, assim, destacou-se o que se refere à possibilidade da prisão civil por dívida, apresentando-se o conflito normativo entre o Pacto de São José da Costa Rica e a Constituição Federal. Tomou-se como parâmetro o RE 466.343 quando o STF em 03 de dezembro de 2008 adotou a teoria da supralegalidade, impedindo a prisão civil do depositário infiel.

Com relação à prisão civil do depositário infiel, a mesma continua tendo previsão legal no artigo 5º, inciso LXVII da Constituição Federal. Contudo, o Pacto de São Jose da Costa Rica proíbe tal modalidade, de forma tácita, em seu artigo 7º, número 7.

Ressalte-se que o referido Pacto foi incorporado com status de norma supralegal. Desse modo, teria força jurídica para impedir a prisão do depositário infiel proibido pela Súmula vinculante nº 25, de dezembro de 2009.

Até o presente momento, o STF ainda não reconheceu o status constitucional material aos tratados internacionais de direitos humanos, anteriores à emenda constitucional nº 45, situação que se menciona como crítica, já que o STF quer conferir o primado da Constituição, sendo contrário, em parte, de suas próprias disposições.

Entende-se que essa atitude do STF em não conferir hierarquia constitucional aos tratados que versem sobre direitos humanos, antes da EC/45, ferem a prevalência dos direitos e garantias da pessoa humana, quanto o mais, submeter civis a julgamento na Justiça Militar.

Das hipóteses levantadas no inicio desta pesquisa, como a jurisprudência junto ao STF sobre as decisões referentes aos tratados internacionais de direitos humanos e o nível

hierárquico-normativo que estes detêm no ordenamento jurídico interno, entende-se que: a primeira pergunta referia-se a possibilidade do julgamento de civil pela Justiça Militar ferir direitos humanos. A resposta foi confirmada com a pesquisa, até o presente momento os resultados levam a conclusões apontando para a prevalência da norma mais favorável ao indivíduo, o tratado internacional.

Para auxiliar a resposta da primeira hipótese, buscaram-se argumentos usados pelos ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, notadamente no voto do Min. Celso de Mello, no julgamento conjunto dos REs 466.343 e 349.703 e HC 87.585, todos finalizados em 2008. O ministro utilizando-se de doutrinadores como Flávia Piovesan, André Ramos Tavares e Valério de Oliveira Mazzouli para melhor explicar determinados conceitos de extrema relevância para a fundamentação de suas teses. Esclareceu o conceito do bloco de constitucionalidade.

A resposta para a segunda hipótese referia-se a EC/45, os efeitos provocados no posicionamento dos ministros, e, consequentemente, no do Tribunal. Confirmou-se essa hipótese, em relação a alguns ministros. Cita-se, a titulo de exemplo o voto do ministro Celso de Mello no HC nº 87.585 na página 301. O parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição Federal ajudou a mudança de entendimento do ministro.

Verificou-se o posicionamento de certos ministros pela tese da constitucionalidade dos tratados de direitos humanos, mas, somente quando aprovados pelo mesmo rito da emenda constitucional. Contrário sensu, o ministro Ilmar Galvão, utilizou-se para o seu convencimento no parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal conforme voto no RE 349.703 página 693.

Finalizando-se, acerca da hipótese de ocorrer uma nova mudança jurisprudencial em favor da tese da constitucionalidade dos tratados internacionais de direitos humanos. A resposta é afirmativa, em consequência da crescente importância dos tratados na ordem internacional e interna de diversos países, como Peru, Holanda e Argentina (PIOVESAN, 2008, p. 81). Em que pese o otimismo, após o julgamento do RE 466.343, dos votos defendidos pelos ministros, o placar ficou em cinco a favor da supralegalidade e em quatro a favor da constitucionalidade, sendo que o Ministro Marco Aurélio não tomou nenhuma posição, por não achar necessário para a discussão do tema (depositário infiel), e o Ministro Joaquim Barbosa que não fez nenhum pronunciamento em referência a hierarquia desses

tratados. Vislumbra-se uma possibilidade de mudança da jurisprudência, já que nem todos os ministros se manifestaram.

Acredita-se que o tema possa contribuir para o futuro, caso o Tribunal adotar a tese da constitucionalidade. Como já se ressaltou; a matéria enfrentada pelo Plenário tratou do depositário infiel e a possibilidade de prisão civil. Muitos dos ministros entenderam que essa norma constitucional não tinha aplicação direta. Contudo, denota-se que não existiu um conflito entre a Constituição e os tratados internacionais, já que o simples afastamento da tese da legalidade resolveria a questão, pois os tratados, assim, prevaleceriam sobre o direito interno infraconstitucional.

O mesmo não poderia ocorrer se a matéria versasse sobre o julgamento de civis pela Justiça Militar. Nesse caso, o STF enfrentaria uma antinomia, a qual para ser resolvida demandaria dos ministros a adoção da tese da constitucionalidade ou da supralegalidade, pois, os tratados internacionais garantem o direito a julgamento por autoridade competente.

Do exposto, percebe-se que o tema trata de discussões polêmicas acerca do nível hierárquico-normativo dos tratados internacionais, sendo coerente adoção de uma reforma constitucional, no sentido de esclarecer expressamente a constitucionalidade material de todos os tratados de direitos humanos, para acabar com as dúvidas e controvérsias existentes.

5 Referências Bibliográficas

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://planalto.gov.br/ccivil_03/constituição/constitui%A7ao.htm>. Acesso em 09 dez. 2013.

_____. **Decreto nº 89, de 03 de dezembro de 1988**. Aprova a solicitação de reconhecimento da competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à integração ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos para fatos ocorridos a partir do reconhecimento, de acordo com o previsto no parágrafo primeiro do art. 62 daquele instrumento internacional. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/legislacao/ListaPublicações.action?id=150844&tipoDocumento=DLG&tipo Texto=PUB>. Acesso em: 25 de jan. 2014.

_____. **Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992**. Em anexo: Convenção Americana de Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 25 jan. 2014.

_____. **Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009**. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_atp2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 03 de jan. 2014.

_____. **Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969**. Regula o Código Penal Militar. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei>. Acesso em: 16 jan. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 105.256. Cesar Reginaldo Zonta, Defensoria Pública da União. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 12 de junho de 2012. Data da Publicação: 22 de agosto de 2013**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarjurisprudencia.asp?s1=%28HC+105256%29&base=baseAcordaos&url=http//tinyurl.com/lvh46sy>. Acesso em: 23 jan. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 349.703. Relator: Min. Gilmar Mendes, Rio Grande do Sul, 03 de dezembro de 2008**. **Lex**: jurisprudência do STF, Brasília, v.02363-04, p. 676, jun. 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listajuisprudencia.asp?s1=%28HC+92566%2E703%298&pagina=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/alov4dx>. Acesso em: 03 jan. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RE n. 466.343. Relator Min. Cezar Peluso. São Paulo, 03 de dezembro de 2008**. **Lex**. Jurisprudência do STF. Brasília, v.17, n.186, p. 29-165, jun. 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarjurisprudencia.asp?s1=%28RE+349%2E703%29>. Acesso em: 03 jan. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC 96.772/SP. Ministro Relator: Celso de Mello. Brasília, 09 de junho de 2009**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s2=000162313&base=baseAcordaos>. Acesso em: 13 dez. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC 87.585/TO. Ministro Relator: Marco Aurélio. Brasília, 03 de dezembro de 2008**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC+87585%29&pagina=2&base=baseAcordao&url=http://tinyurl.com/cfv2r7f>. Acesso em:06 jan. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Notícias STF. **Ação pede limites à justiça militar para julgar civis em tempos de paz.** Brasília, 22 de agosto de 2013. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/ver/Noticia/Detalhe.asp?idConteudo=246326&caixaBusca=N>. Acesso em: 06 out. 2013.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. **A humanização do direito internacional.** Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

CENAJUS – Centro Nacional de Cultura da Justiça. **Caso Marbury contra Madson (5 U.S. 137 1803)**. Disponível em: <http://www.cenajus.org.br/moodle/mod/forum/discuss.php?d=281>. Acesso em: 12 fev. 2014.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Almonacid Arellano e outros *versus* Chile**, sentença de mérito de 26 de setembro de 2006. Disponível em: <http://www.corte.or.cr/index.php/es/jurisprudencia>. Acesso em: 10 fev. 2014.

_____. **Caso Castillo Petruzzi y outros Vs. Perú**. Sentença resolutiva de 17 de novembro de 1999. Serie C nº 59. par. 130. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/indez.php/es/jurisprudencia>. Acesso em: 12 fev. 2014.

_____. **Caso Durand y Ugart Vs. Perú**. Sentença de 28 de maio de 1999. Serie C nn] 50. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/jurisprudencia>. Acesso em: 12 fev. 2014.

COURTIS, Cristian; ABRAMOCICH, Victos. **Fuentes de interpretación de los tratados internacionales de derechos humanos por los óganos internos. El Caso de los derechos econômicos, sociales y culturales. *In*: ANNONI, Daniele (Coord). Os novos conceitos do novo direito internacional**: cidadania, democracia e direitos humanos. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

LOBÃO, Célio. **Direito penal militar.** 2. ed. atual. Brasília: Jurídica, 2004.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional.** 3. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS: banco de dados. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticie.asp?artID=457&ID=$>. Acesso em: 26 jan. 2014.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 9. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

RANGEL, Vicente Marotta. **Direito e relações internacionais**: textos coligidos, ordenados e anotados (com prólogo). 7. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

O MECANISMO DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS DO MERCOSUL E DA OMC NO CONTEXTO DE FRAGMENTAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL. UMA RELAÇÃO HIERÁRQUICA?

Brenda Luciana Maffei[*]

Palavras-chave: Fragmentação do Direito Internacional, MERCOSUL, mecanismo de solução de controvérsias.

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo central, mediante o estudo de um caso que é considerado paradigmático (caso dos pneus remoldados), apontar os conflitos que se originam entre diferentes jurisdições internacionais e, no caso especifico entre o mecanismo de solução de controvérsias da OMC e do MERCOSUL. Analisa-se se esses conflitos derivam do fenômeno conhecido como: fragmentação do Direito Internacional. O método utilizado foi o monográfico, o estudo de caso, e análise de documentos oficiais do MERCOSUL. O estudo encontra-se dividido em três partes centrais. O primeiro ponto analisa a natureza do Direito Internacional e o fenômeno da fragmentação. O segundo estuda algumas questões elementares do MERCOSUL e do mecanismo de solução de controvérsias estabelecido dentro do bloco regional. Finalmente, o último ponto explica o caso dos pneus remoldados, para depois chegar a uma conclusão.

Keywords: Fragmentation of International Law, MERCOSUR, dispute settlement mechanism.

Abstract: This study aims, through the study of a case that is considered paradigmatic (case of retreaded tires), point out the conflicts arise between different international jurisdictions and, in the specific case of the dispute settlement mechanism of the WTO and MERCOSUR. It examines whether these conflicts stem from the phenomenon known as fragmentation of International. The method used was the monograph, the case study and the analysis of

[*] Atualmente encontra-se cursado doutorado no Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Bolsista CAPES PEC-PG. É mestre pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFGRS). Bolsa CAPES. É advogada pela Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires (UBA). Membros Núcleo de Pesquisas e Extensão sobre as Organizações Internacionais e a promoção da Paz, dos Direitos Humanos e da Integração Regional (EIRENÉ).

official documents of MERCOSUR. The study is divided into three main parts. The first point addresses the nature of international law and the fragmentation phenomenon. The second point study some elementary questions of MERCOSUR and the dispute settlement mechanism established within the regional bloc. Finally, the last point explains the case of retreaded tires, and then is drawing a conclusion.

1 Introdução

A fragmentação do Direito Internacional não é um fenômeno novo. É da essência mesma do Direito Internacional que ele se apresente de uma forma fragmentada. Já desde os estudos que podem ser considerados clássicos, o Direito Internacional é apresentado como descentralizado o que provoca a sua fragmentação. Contudo, resulta um fato inegável que existe uma proliferação de regulamentações Internacional e que existe uma crescente interdependência justaposta regional e global em matérias como: economia, meio ambiente, energia e saúde, entre outros, nas últimas décadas.

Nesse contexto foram surgindo processos de integração regional como é o caso do MERCOSUL que teve seu nascimento em 1991. Esses processos perseguem objetivos econômicos e também, políticos, culturais, sociais, etc. A pergunta que se coloca, então, é como conciliar os objetivos regionais com os globais, sendo que no Direito Internacional não existe uma hierarquia normativa explícita?

O presente trabalho tentará analisar, então, o fenômeno do Direito Internacional de forma geral e centrará sua atenção no conflito de jurisdições em um caso que é considerado paradigmático (O caso dos pneus remoldados) suscitado no âmbito do MERCOSUL entre Brasil e Uruguai, por um lado, e entre Argentina e Uruguai por outro. Pela sua vez, mencionará o caso que foi levado ante a OMC na controvérsia pela importação de pneus remoldados entre o Brasil e a União Europeia. Esse caso se toma como exemplo para demonstrar as consequências que se derivam da crescente fragmentação.

Cabe aclarar, que, embora a questão ambiental esteja muito relacionada com o tema, por uma questão de extensão, a mesma não será abordada de forma detalhada. Isso

porque o trabalho centrará a atenção na questão da fragmentação jurisdicional do que de aquela relacionada com as matérias, como pode ser o meio ambiente, etc.

O trabalho encontra-se organizado em três itens centrais. O primeiro, de caráter um tanto mais teórico, descreve o fenômeno da fragmentação do Direito Internacional. O segundo centra atenção e faz uma referência breve ao MERCOSUL e ao mecanismo de solução de controvérsias do bloco regional. Menciona-se nesse ponto, que a cláusula de opção de foro a partir do Tratado de Olivos surgiu como uma forma de evitar o "*fórum Shopping*". O mecanismo de solução de controvérsias do MERCOSUR sofre de várias deficiências que estão intimamente vinculadas às deficiências gerais do bloco, contudo, como será analisado no último ponto, que trata do caso dos pneus remoldados, essas deficiências também são causadas pelo fenômeno da fragmentação. Nesse sentido, aponta-se que, uma cooperação entre jurisdições quando casos de análogas características se apresentarem no futuro, seria uma forma de minimizar as consequências negativas derivadas dessa fragmentação.

2 O Direito Internacional moderno e a fragmentação como fenômeno atual

O presente trabalho de pesquisa utiliza como teoria de base dois estudos que se adscrevem à concepção moderna do Direito Internacional. Trata-se dos conceitos desenvolvidos nos trabalhos de Hans Kelsen e H.L.A Hart. Neste sentido, embora se reconheça que o nascimento do Direito Internacional é muito anterior a esse período, optou-se por se fazer um recorte histórico/teórico levando em consideração uma concepção do Direito Internacional que se considera imediatamente anterior ao que se sustenta como sendo uma mudança para uma forma, ainda em transição. Embora com algumas diferenças entre ambos, os dois autores se adscrevem à concepção positivista do Direito e os dois autores desenvolvem uma explicação do sistema jurídico como um todo unitário e ordenado em níveis de hierarquia. Neste trabalho, as concepções teóricas que serão utilizadas, são aquelas que fazem referência, especificamente, ao Direito Internacional. Nesse sentido, tem-se de Hans Kelsen as seguintes obras: *Teoria geral do direito e do Estado, Teoria pura do direito, Direito e paz nas relações internacionais, A paz através do Direito e Princípios do Direito Internacional*. H.L.A Hart não dedicou um estudo específico ao Direito Internacional, mas alguns elementos das suas ideias para o Direito Internacional podem ser encontradas na sua obra: *O conceito de Direito.* Começa-se então, ressaltando a ideia de que a natureza jurídica do Direito Internacional é eminentemente descentralizada, fato que provoca uma fragmentação nos termos que se explicarão brevemente a seguir. Em primeiro lugar, analisar-se-á a afirmação sobre a descentralização segundo os estudos feitos por Hans Kelsen e a relação com a concepção hartiana para depois analisar o que se entende por fragmentação do Direito Internacional.

Como foi explicado por Hans Kelsen (1949)[1], o Direito Internacional geral possui normas válidas para um território que compreende os territórios de todos os Estados efetivamente existentes. Nesse sentido, os ordenamentos jurídicos dos Estados são normas locais desse sistema. Segundo Kelsen (1943) existem dois sentidos de centralização e de descentralização. Um deles seria o estático e o outro o dinâmico. O primeiro diz respeito à esfera territorial de validade das normas. Desta forma, na perspectiva kelseniana, dizer que uma ordem é centralizada em sentido estático, significa que todas as normas são válidas em todo o território onde a ordem se estende. Por outro lado, dizer que uma ordem é descentralizada em sentido estático quer dizer que existem normas que têm diferentes esferas territoriais de validade. Assim, não todas as normas são válidas para todo o território. Algumas só são válidas para determinadas partes territoriais. O aspecto dinâmico da centralização e da descentralização fazem referência aos métodos de produção de normas, quer dizer, aos órgãos que as criam e que as executam. Existiria, desta forma, centralização dinâmica quando as normas centrais e locais são elaboradas e executadas pelo mesmo órgão. A *contrario sensu*, existiria descentralização dinâmica, quando são vários os órgãos que criam e executam normas centrais e locais.

Levadas essas ideias gerais ao estudo do Direito Internacional, Kelsen afirma que a natureza descentralizada do Direito Internacional deriva dos seguintes fatores:

[1] Kelsen desenvolveu a sua teoria no século XX, neste sentido, cabe lembrar como sustenta André Lupi (2001) que os teóricos do Direito Internacional estavam preocupados, especialmente, por três problemas fundamentais: (i) A existência de um caráter jurídico do Direito Internacional; (ii) De onde vem a força vinculativa do Direito Internacional e (iii) a relação entre Direito Interno dos Estados e Direito Internacional.

(i) Só uma parte relativamente pequena das normas do Direito Internacional positivo são válidas em toda a esfera territorial de validade, ou seja, em todo o território dos Estados.

(ii) O número das normas do Direito Internacional particular (criadas pelos Tratados) é muito maior do que aquelas emanadas do Direito Internacional geral (produto do costume).

Por outro lado,

(i) No que diz respeito à criação do Direito, o Direito Internacional é cunhado pelo costume (toda a comunidade elabora o Direito e não é designado um órgão especial para a sua criação) e pelos Tratados (que, no mesmo caso do que o costume, emana dos sujeitos que serão regulados pela mesma norma e não de um órgão diferente deles).

(ii) Com relação à aplicação do Direito, no Direito Internacional não existe um único tribunal que indique, no caso concreto, se têm sido satisfeitos os supostos e condições estabelecidos na norma geral e também não existe um único órgão que se encarregue da sua execução.

Ainda, para o autor austríaco, o Direito Internacional, além de ser eminentemente descentralizado apresenta as características de ser um Direito primitivo. O principal objetivo para Kelsen, ao caracterizar o Direito Internacional como Direito primitivo, será indicar, frente as opiniões que sustentavam que o Direto Internacional não podia ser considerado de Direto, que ele, embora não tenha as mesmas características do Direto interno, também podia ser chamado de Direito, na medida que configurasse uma ordem coercitiva da conduta humana, ou seja, se ela instituir atos coercitivos como sanções. A guerra seria para ele, então, a sanção do Direito Internacional. Contudo, ele considera que é um Direito que pode evoluir. Isto porque, considerando essa natureza primitiva, espera-se que em algum momento ele evolucione para um Direito mais centralizado, assim como aconteceu com o Direito interno.

Para explicar como se daria uma evolução do Direto Internacional na perspectiva kelseniana, antes se faz necessário indicar que, na opinião do autor, existe uma unidade cognoscitiva de todo o Direito. Isso significa que se pode conceber o conjunto formado pelo

Direto Internacional e as ordens jurídicas nacionais como sistemas unitários de normas. Nesse sentido, lembrando que, se para ele existe uma unidade no sistema jurídico no qual uma norma deriva a sua validade de outra superior, a inferência lógica que se segue destes conceitos são: (i) ou o Direito Internacional é hierarquicamente superior ao Direito interno, ou (ii) o Direito interno é hierarquicamente superior ao Direito internacional.

Para Kelsen, será o Direito Internacional aquele que determina a esfera de validade territorial, pessoal e temporal das ordens jurídicas nacionais e, por esse motivo, é hierarquicamente superior. Isso é o que torna possível a existência de numerosos Estados.Seguindo a lógica kelseniana, cabe ainda uma questão: Qual seria a fonte ou o fundamento do Direito Internacional de onde se derivariam as normas inferiores. Para isso, o autor oferece duas saídas diferentes: (i) Se se considera a ordem nacional sem referência à ordem internacional, então, o fundamento último de validade será a norma hipotética que qualifica como "*os pais da Constituição*". Pelo contrário, se se considera a existência do Direito Internacional a norma hipotética deriva do princípio de eficácia e dessa norma hipotética "*os pais da Constituição*" derivariam o seu poder de funcionar como os primeiros legisladores. Assim, a primeira Constituição é válida, porque a ordem coercitiva criada com base nela é eficaz como um todo. Dessa conclusão se segue que as normas fundamentais das ordens jurídicas nacionais são fundamentais só em um sentido relativo.

Sem pretender realizar neste trabalho uma explicação detalhada da postura contrária ao monismo de Kelsen, contrário à visão unitária do Direito existe uma perspectiva que estuda o fenômeno desde uma construção dualista, em linhas breves, essa postura sustenta a existência de duas noções diferentes. Uma seria o Direito interno e outra faria referência ao Direito Internacional. Seriam, dessa forma, sistemas jurídicos diferentes, cada uma nasce de uma fonte particular. Um dos expoentes mais conhecido e crítico da ideia unitária do sistema jurídico kelseniano é Karl Heinrch Triepel. Segundo ele:

> [...] o Direto interno e o Direto Internacional são opostos nos dois sentidos que acabo de indicar. A oposição é, em primeiro lugar, uma oposição das relações sociais que regem: o direto internacional rege relações diferentes das que são regidas pelo direito interno. Por direto interno, nos compreendemos todo direito estabelecido no interior de uma comunidade nacional [...] (TRIEPEL, 1966, 11)

Retomando a explicação sobre a construção kelseniana, a pergunta que se coloca, então, considerando o sistema unitário e hierárquico do Direito em Kelsen, é a de se saber qual seria a fonte ou o fundamento do Direito Internacional. Para responder essa questão Kelsen parte da norma inferior dentro do ordenamento jurídico desde a perspectiva internacional, que seria a decisão de um Tribunal Internacional. Assim, esse Tribunal tem a sua validade de um Tratado Internacional por meio do qual ele foi constituído. Mas, de onde procede, então, a validade desse Tratado? Kelsen responde a essa questão decorrendo a validade do Tratado de uma norma geral que obriga todos os Estados a se conduzirem de acordo com os Tratados por eles assinados (*pacta sunt servanda*), que é criado pelo costume.

Como se pode observar da breve explicação feita até agora neste projeto, a ideia positivista da unidade do Direito e, por conseguinte, da unidade do Direto Internacional sustentada por Kelsen é complexa, sendo necessário entender toda a sua construção teórica sobre o sistema jurídico. Ela parte de um mínimo de análise (a guerra como sanção do Direto Internacional) para o geral (a ideia de limitação soberana estatal por se considerar um Direito Internacional que é hierarquicamente superior).

Podem ser resumidos os argumentos de Kelsen nos seguintes pontos:

(i) O Direito Internacional é Direito;

(ii) O Direito Internacional tem como característica intrínseca ser primitivo e descentralizado;

(iii) O Direito Internacional e o Direito interno formam parte de um único sistema jurídico;

(iv) O Direito Internacional deve considerar-se hierarquicamente superior ao interno

(v) *Pacta sunt servanda* é uma norma geral que obriga todos os Estados a se conduzirem de acordo com os Tratados

(vi) O Direito Internacional, por ser um Direito primitivo, pode evoluir.

Com relação a esse último ponto, a evolução que ele sustenta está relacionada com a ideia de uma maior centralização do Direto Internacional. Quer dizer, a criação de um Estado mundial. Nesse sentido, para ele o Estado moderno representava o tipo mais

perfeito da ordem social garantidora da paz nacional, então, uma estrutura garantidora da paz mundial, com as mesmas características, deveria ser possível em nível internacional, mediante a evolução do Direito internacional (isto é, mediante a centralização e o monopólio da força em um ente superior aos Estados).

O primeiro passo para se chegar a uma união de Estados, segundo Kelsen, era conseguir a assinatura de um Tratado Internacional pela maior quantidade de Estados, criando um Tribunal Internacional que tenha jurisdição obrigatória, submetendo todas as disputas à decisão dele e cumprindo-as de boa-fé. A pergunta que segue, então, é a seguinte: o que acontece se um Estado não cumpre com aquilo que foi determinado pelo Tribunal? Pois bem, continuando com a sua linha argumentativa, sustenta que será necessária uma polícia internacional que faça cumprir as ordens do tribunal. Contudo, continua dizendo que, enquanto não exista um executivo centralizado que crie essa força internacional os Estados, mediante o emprego das suas próprias forças armadas e submetido à direção daquele órgão central, poderão fazer com que o Estado inadimplente, cumpra. A criação da força armada central seria um dos últimos passos no caminho até a conformação do Estado mundial.

Por outro lado, para Hart, o sistema jurídico está composto por regras primárias e regras secundárias. As normas primárias são de tipo básico ou primário (exigem que os seres humanos pratiquem ou se abstenham de praticar certos atos). Essas normas primárias regem em sociedades primitivas, desprovida de poder legislativo, tribunais ou autoridades de qualquer espécie. Existem algumas regras como a restrição ao uso gratuito da violência e, embora existam dissidentes e malfeitores, a maioria vive de acordo com as normas encaradas do ponto de vista interno. O ponto de vista interno que determina a existência das normas sociais, e aqui é onde existe uma das maiores diferenças com o conceito de sanção (externo) de Kelsen, resulta da afirmação de que alguém tem uma obrigação ou a ela está sujeito. As normas são concebidas como preceitos que impõem obrigações e a noção de pressão social são importantes neste sentido: a pressão social pode derivar de uma reação crítica ou hostil, geral e difusa, não chegando às sanções físicas, ação de sentimentos de vergonha, remorso ou culpa. (normas/obrigações morais) ou de ameaça de sanções físicas, mesmo que não sejam impostas pela autoridade, mas deixadas à responsabilidade da comunidade como um todo. (normas/obrigações primitivas).

Como se pode observar, as características da sociedade primitiva de Hart coincidem amplamente com a ideia de sociedade primitiva de Kelsen. O principal elemento semelhante é a falta de qualquer poder legislativo, tribunais ou autoridades de qualquer espécie. A principal diferença é a ideia da pressão social que configura a existência norma e é intrinsicamente considerada desde um ponto de vista interno na concepção de Hart, enquanto para Kelsen, a sanção na forma de "*vendeta*" e externa ao sujeito transgressor é a que configura a norma.

As sociedades primitivas apresentam para Hart alguns defeitos. Por um lado, existe a incerteza. Isto quer dizer que em caso de dúvida sobre a essência das normas ou sobre o âmbito preciso de aplicação de qualquer uma delas, não existe um procedimento instituído para dirimir essa incerteza. Também, ele reconhece um caráter estático, no sentido de que as únicas normas de modificação nas normas desse tipo de sociedade será o lento processo de crescimento. Por último sempre haverá disputas para saber se uma norma aceita foi ou não violada, disputa que continuarão interminavelmente, se não houver uma instância especialmente encarregada de estabelecer, em termos conclusivos e peremptórios, o fato da violação de uma norma.

As normas secundárias surgem, assim, para solucionar os defeitos advindos do conceito de normas primárias. As normas secundárias são essencialmente três e cada uma delas visa superar as deficiências das normas primárias. Em primeiro lugar, tem-se a norma de reconhecimento, ou seja, o reconhecimento de que se deve considerar a norma escrita ou inscrição como fonte da autoridade, isto é, como a maneira correta de esclarecer dúvidas sobre a existência da norma. Em segundo lugar, têm-se as normas de modificação, quer dizer, a que autoriza a um indivíduo à modificação de uma norma primária. Por último, têm-se as normas de julgamento que capacitam certos indivíduos a solucionar de forma autorizada o problema de saber se, em uma ocasião específica, foi violada uma norma primária.

Em parágrafos anteriores se disse que Hart tem uma visão hierárquica e unitarista do Direito, assim como Kelsen. Nesse sentido, ele propõe a existência de uma norma de reconhecimento da qual derivam a validade as outras normas. Essa ideia é similar à norma hipotética de Kelsen, mas a grande diferença com ela é que a validade da norma de reconhecimento hartiana não é hipotética, como no caso de Kelsen, mas encontra-se

fundada na convicção da população de que aquela pessoa, aquele órgão deve ter legitimidade para legislar. Assim, para ele: "[...] a norma de reconhecimento só existe como uma prática complexa, embora normalmente harmoniosa e convergente, que envolve a identificação do direto pelos tribunais, autoridade e indivíduos privados por meio da referência a determinados critérios. Sua existência é uma questão de fato" (HART, 2012, 142).

Hart não desenvolve, como sim foi caso de Kelsen, um estudo aprofundado sobre o Direito Internacional. Contudo algumas das noções gerais do Direto elaboradas por ele podem ser levadas ao campo do Direto Internacional. O autor sustenta que pelo fato do Direito Internacional carecer de um poder legislativo internacional, de tribunais com jurisdição compulsória e sanções centralmente organizadas as normas aplicáveis aos Estados se assemelham ao tipo simples de estrutura social que consiste apenas em normas primárias de obrigação. Falta, segundo ele, ao Direito Internacional não apenas as normas secundárias de modificação e julgamento, responsáveis pela existência do poder legislativo e dos tribunais, mas também uma norma de reconhecimento unificadora que especifique as "fontes" do Direito e forneça critérios gerais para a identificação de suas normas. Essas ideias aproximam a Hart de Kelsen, no sentido de considerar o Direto Internacional como primitivo. Não obstante, Hart não desenvolve uma teoria sobre a evolução do Direto Internacional.

Contudo, como será estudado nas linhas que seguem, o desenvolvimento do Direito Internacional vem seguindo uma lógica um tanto diferente da centralização exposta por Kelsen.

A centralização jurídica não ocorre considerando a totalidade mundial, mas fragmentadamente. Seria o caso, por exemplo, da União Europeia, como manifestação da maior centralização entre Estados conhecido até o momento e, em menor medida, outros espaços integrados, como é o caso do MERCOSUL, objeto de análise neste trabalho. Esse fenómeno é denominado: regionalização do Direito Internacional.

Nesse sentido a Comissão de Direito Internacional (C.D.I), em 2006 emitiu um documento que tenta dar alguma orientação com relação aos problemas que decorrem da fragmentação do Direito Internacional *(Report of the Study Group of the International Law*

Commission Finalized by Martti Koskenniemi. Fifty-eight session. Geneva, 2006[2]*).* Nesse relatório a Comissão sustenta que existe uma multiplicação dos Tratados multilaterais "de caráter legislativo" nos últimos 50 anos. Assim, determina que: "a fragmentação do mundo social internacional tem alcançado significação jurídica especialmente ao ser acompanhada da aparição de normas e complexos de normas, instituições jurídicas ou esferas de práticas jurídicas especializadas e (relativamente) autônomas" (*parágrafo 8*).

O relatório cita como exemplo de regime autônomo à União Europeia e cita, também, os princípios que foram estabelecidos pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias[3] (efeito direto, primazia e a doutrina dos Direitos Fundamentais) (*parágrafo 157*). Nesse sentido, sustenta que a integração europeia tem transformado profundamente o caráter das relações jurídicas entre os estados membros da União (*parágrafo 218*). Reconhece, contudo, que foram os próprios Estados os que determinaram o primeiro passo para a autonomia estabelecendo órgãos de execução. Contudo, uma vez que esses órgãos foram estabelecidos, foram eles os que estabeleceram, em grande medida, o grau de autonomia desses regimes.

Esse fenômeno forma parte, por sua vez, do regionalismo que no relatório aparece descrito como:

> [...] un accidente de lo que se denomina el "fenômeno federal", un proceso que se inicia en el Estado individual para evolucionar gradualmente y en etapas sucesivas hacia unidades normativas de mayor tamaño como consecuencia de la expansión de círculos de "solidaridad"[...] (*parágrafo 207*).

[2] Nesse documento se sustenta que não se pode solucionar o problema da fragmentação, mas que ele se encontra orientado a oferecer alguns elementos para uma interpretação razoável *(parágrafo 20)*. Por sua vez, sustenta-se que a fragmentação não tem comprometido seriamente nem a segurança jurídica, nem a previsibilidade, nem a igualdade dos sujeitos de direito. Nesse sentido, as tradicionais técnicas para resolver conflitos de leis: *lex especialis, lex posterior derogat prior*, os acordos entre as partes e a superioridade reconhecidas às normas imperativas do Direito Internacional, sustenta o documento, são instrumentos idôneos para responder aos problemas mais relevantes surgidos por causa da fragmentação (*parágrafo 492)*. M. Koskenniemi (entrevista Puente @ Europa, 2007) tem dito, além do mais, que a harmonização no Direito Internacional não pode ser uma regra absoluta porque, exigir "harmonização" é exigir uma aplicação distendida (ou a não aplicação) de alguma disposição de um tratado e, muitas vezes, existe uma razão para não permitir a mencionado "relaxamento". Com isso pode-se afirmar que ainda não se tem encontrado uma resposta que possa ser considerada satisfatória para superar as consequências negativas que derivam da crescente fragmentação do Direito Internacional

[3] Hoje Tribunal de Justiça da União Europeia.

Além do desenvolvimento de regimes autônomos, outros são os fatores que provocam um desenvolvimento fragmentado do Direto Internacional. Eles foram identificados por Gerhard Hafner (2004) como os seguintes:

(i) A proliferação das regras internacionais
(ii) Aumento da fragmentação política
(iii) Crescente interdependência global e regional em áreas como economia, meio ambiente, energia, saúde, etc.

Então, por um lado, os Estados no contexto atual, encontram-se mais interdependentes, mas, por outro lado, vivencia-se uma crescente expansão das normas internacionais, com a seguinte criação de subsistemas e, como consequência, um aumento potencial do conflito entre elas. Isso também é observado por Joost Pauwelyn (2004) para quem a crescente integração da comunidade mundial, por um lado, e a proliferação de subsistemas, pelo outro, exigiriam medidas para assegurar a unidade do ordenamento jurídico internacional.

Para Pauwelyn, a maioria dos conflitos existentes no Direito Internacional é inerente à natureza do Direito Internacional, outros derivam de mudanças que foram acontecendo nos últimos anos na estrutura do Direito Internacional. Algumas das razões para e existência desses conflitos, expostas pelo autor, são muito similares àquelas descritas quando foi brevemente exposta a teoria de Kelsen nos parágrafos anteriores. As razões numeradas pelo autor são as seguintes:

(i) O Direito Internacional não tem um legislador central nem um executivo central. Existem tantos *law-makers* como Estados existem. (Essa multidão de *law-makers* e relações legais, no atual contexto de proliferação de organizações internacionais, aumenta o risco de conflito entre normas. Como foi explicado anteriormente, esse fator já foi identificado por Kelsen e forma parte da natureza primitiva e descentralizada do Direito Internacional.
(ii) (O fato de que todas as normas tenham essencialmente o mesmo valor vinculativo faz com que o fator tempo seja uma variável mais importante no Direito Internacional. O Direito Internacional não

depende só do consentimento dos Estados, como também, esses Estados podem mudar de opinião em qualquer momento.

(iii) O Estado, apesar de ser reconhecido pelo Direito Internacional como uma entidade única, na prática representa uma variada quantidade de atores domésticos no processo de produção normativa internacional. Nesse sentido, para ele, a quantidade de atores que intervém na construção do consentimento de um mesmo Estado incrementa o risco de inconsistências.

(iv) No Direito Internacional não existe nem um executivo, nem um legislativo central. Não existe uma corte com jurisdição compulsória e geral. Essa falta de um adjudicador centralizado significa que, na maioria dos casos, não há juiz que ordene as relações legais múltiplas presentes no Direito Internacional. Essa característica também foi apontada por Kelsen, como fora estudado anteriormente.

Os fatores que influenciam para e existência de conflito entre normas e que derivam de mudanças que foram acontecendo nos últimos anos dentro da estrutura do Direito Internacional apontados pelo autor são os seguintes:

(i) A existência de um Direito de coexistência para um Direito cooperação. Isto quer dizer que ele observa que existe uma mudança nos objetivos que o Direito Internacional está destinado a regulamentar. Antigamente, existia um interesse maior em regulamentar medidas que tivessem a ver com o a soberania territorial, relações diplomáticas, o Direito da paz e da guerra, hoje existe uma maior cooperação entre os Estados que visam atingir objetivos comuns, como as organizações de comércio internacional, ambiental e de Direitos Humanos. Isto não quer significar que os objetivos anteriores tenham deixado de existir, mas eles convivem com novos objetivos que estão mais vinculados à cooperação e menos com a coexistência. Nesse sentido, como ele mesmo aponta, disso deriva que, atualmente, os conflitos normativos

típicos no marco do Direito Internacional ocorram entre diferentes Tratados baseados em subsistemas.

(ii) A globalização também se apresenta como um dos fatores marcados pelo autor. A cooperação descrita no ponto anterior deriva do fato de existirem problemas globais, como a proteção do meio ambiente, os Direitos Humanos, etc. Assim, o incremento da interdependência entre os Estados tem como resultado, também, um incremento proporcional dos conflitos entre as normas do Direito Internacional dos diferentes setores.

(iii) O surgimento do conceito de *jus cogens* demonstra que nem todas as normas do Direito Internacional deveriam ter o mesmo *status*. Esse reconhecimento de uma norma superior às outras, no Direito Internacional contribui para, segundo ele, o potencial conflito entre normas.

(iv) O incremento do mecanismo de soluções pacíficas de controvérsias.

Até aqui foram brevemente expostos os principais argumentos que sustentam a existência de uma maior fragmentação no Direito Interacional acontecida nas últimas décadas que mudaram, de certa forma, a natureza do Direito Internacional na sua concepção moderna e, em determinado sentido, aprofundaram-se suas características. Nesse sentido, desde uma perspectiva regional, aumentando a sua centralização (é o caso dos regimes autónomos), mas desde uma perspectiva global propagando a sua descentralização (mediante a proliferação, por exemplo, de diferentes tribunais internacionais). O desenvolvimento do Direito Internacional operado desde um tempo até hoje apresenta-se, dessa forma, de um modo diferente ao proposto na teoria de Kelsen, para quem a criação de uma maior centralização mediante a criação de um Estado mundial significava a maior evolução possível no Direito Internacional.

3 O MERCOSUR e o mecanismo de solução de controvérsias. Breve referência

O objetivo deste ponto é apresentar, de forma breve, as características principais do processo de integração do cone sul, o MERCOSUL (Mercado Comum do Sul) em termos políticos e jurídicos e o mecanismo de solução de controvérsias que é adotado nele.

Assim, pode-se dizer que em termos políticos-estruturais o MERCOSUL se define, segundo Deisy Ventura (2003) principalmente pelo caráter intergovernamental antes do que supranacional de suas competências. Nesse sentido, diferencia-se substancialmente da União Europeia que, como foi antecipado nos pontos anteriores, pode ser considerada uma organização com estrutura original. Em primeiro lugar, ela está dotada de instituições próprias, que possuem competências próprias de forma que, a suas decisões não estão obrigadas a se submeterem à aprovação dos Estados membros. Em segundo lugar, possui um ordenamento jurídico próprio e independente dos Estados membros que goza, nas competências que foram cedidas à União. A ideia de supranacionalidade surge, como foi adiantado no ponto anterior, com a criação da CECA[4].

A supranacionalidade começou a ser entendida, desde então, resumidamente, com base em três características essenciais. Considerando as ideias sustentadas por Pierre Pescatore (1973), ele indica como primeiro elemento da supranacionalidade um conjunto de interesses e valores comuns para atingir determinados objetivos, também comuns, entre os Estados que formam parte de comunidade. Com o fim de atingir esses objetivos, os Estados encontram-se dispostos a subordinar seus interesses nacionais e sua hierarquia nacional de valores em prol dos comuns. Como segundo elemento, o autor, sustenta que para que se possa falar de supranacionalidade devem existir instituições com poderes que sejam colocados ao serviço desses interesses e valores comuns. Em outras palavras, segundo Pescatore, um grau de institucionalização é essencial para a existência da

[4] A CECA foi caracterizada com esse neologismo porque não se conheciam, na época, estruturas institucionais internacionais que se ajustassem de forma acabada à nova criação e a descrevessem. Isso porque, à diferença de outras organizações internacionais existentes, a CECA era a expressão de um postulado de independência diante das vontades nacionais. Ela representava uma vontade comunitária em construção. Além disso, um dos seus órgãos, a Alta Autoridade da CECA recebeu poderes para que suas decisões tivessem caráter obrigatório frente aos Estados-membros e criou-se um Tribunal de Justiça da CECA para assegurar a execução dos tratados.

supranacionalidade. Como terceiro elemento, ele marca a autonomia desse poder. Isso significa que esse poder deve ser diferente dos poderes dos Estados membros. Assim, ele deve ser colocado ao serviço exclusivo da finalidade reconhecida como comum.

Como sustenta Mario Midón (1998), desde uma perspectiva mais atual a maioria da doutrina está de acordo em indicar que os elementos centrais da supranacionalidade são: (i) instituições com potestades autônomas acima da dos Estados. Isso quer dizer que existe uma independência desses órgãos que atendem exclusivamente o interesse comunitário, (ii) supremacia da ordem jurídica comunitária frente ao Direito interno dos Estados-membros, (iii) aplicação imediata da normativa comunitária e (iv) aplicação direta da normativa comunitária.

Na estrutura conformada nos termos da intergovernamentalidade, como é o caso do MERCOSUL, os órgãos criados, permanecem subordinados às vontades dos seus Estados-membros. Assim em uma organização intergovernamental, por mais que no seu seio sejam tomadas algumas decisões pela maioria e não pelo consenso, não é independente da autoridade e do poder dos Estados membros. Cada um dos representantes dos Estados, dentro de uma instituição intergovernamental, defende interesses que estão mais relacionados com exigências nacionais do que comunitárias.

Desde uma perspectiva econômica, o objetivo fundamental do MERCOSUL, na opinião de Alejandro Perotti (2004), é a melhora através da criação de um mercado comum que reduza as barreiras comerciais entre seus membros. Também, O MERCOSUL, a partir de uma perspectiva comercial analisada por Carlos Espósito (2000) insere-se dentro do marco multilateral determinado pelas normas de Organização Mundial do Comércio (OMC)[5], como um espaço regional e como uma exceção ao princípio de não discriminação. Nesse sentido, o MERCOSUL colocar-se-ia na ideia de regionalismo comercial sustentada no relatório da CDI (*parágrafo 210)*. Seguindo essa ordem de ideias, cabe lembrar aqui que a CDI sustenta que existem ao menos 3 significados diferentes de regionalismo: (i) desde uma perspectiva cultural: "o regionalismo como uma série de critérios e métodos para tratar o exame do

[5] O artigo XXIV do Acordo geral sobre Tarifas e Comércio (GATT), estabelece: " As partes contratantes reconhecem a conveniência de aumentar a liberdade do comercio, desenvolvendo, mediante acordos livremente negociados, uma integração maior das economias dos países que participem em tais acordos. Reconhece também que o estabelecimento de uma União Aduaneira ou de uma zona de livre comércio deve ter por objeto facilitar o comércio entre os territórios constitutivos e não representar obstáculos ao de outras partes contratantes com esses territórios".

Direito Internacional"; (ii) como técnica de criação de Direito Internacional, onde são mais bem reconhecida a homogeneidade dos interesses de uma determinada comunidade cultural; (iii) como busca de exceções geográficas às normas universais do Direito Internacional. Identificam-se, então dois sentidos neste último ponto. Um deles seria o aspecto positivo, considerando que norma ou o princípio seriam vinculativas somente para os Estados identificados com a região. O outro seria o aspecto negativo que diz respeito à isenção por parte dos Estados que conformam a região da força vinculativa de uma norma universal. Assim, o MERCOSUL pareceria colocar-se dentro desta ampla definição de regionalismo, podendo ser chamado de processo de integração regional.

O processo de integração regional no MERCOSUL, que já leva mais de vinte anos, passou por avanços e retrocessos e, neste tempo, foram identificadas algumas deficiências, dentre elas:

(i) As limitações políticas e valorações divergentes para a implementação de um regime adequado para seu desenvolvimento;
(ii) A existência de importantes assimetrias constitucionais entre os membros;
(iii) A prática deficiente dos Estados em matéria de incorporação de normas MERCOSUL que possibilita a vigência unilateral delas em detrimento da vigência simultânea, gerando insegurança jurídica para os particulares que desconhecem assim o âmbito territorial de aplicação de tais normas;
(iv) A ausência de prazos para a incorporação das normas emanadas dos órgãos do bloco;
(v) A falta de transparência e da deficiente publicidade oficial de suas normas;
(vi) A diversa forma de entrada em vigor dos Protocolos adicionais e das normas de Direito derivado;
(vii) As assimetrias econômicas existentes entre os Estados membros.

Como foi mencionado anteriormente no que diz respeito ao relatório da CDI, muitos sistemas contêm além das normas primárias especiais, normas secundárias que têm

a ver com a responsabilidade e com a solução de controvérsias (*parágrafo 220*). Esse é o caso, do MERCOSUL que, embora apresente as deficiências marcadas no parágrafo anterior, foi capaz de elaborar um mecanismo para solucionar as possíveis controvérsias que se poderiam apresentar entre os Estados que formassem parte do processo. O mecanismo de solução de controvérsias institucionalizado dentro de um processo de integração regional e a sua consolidação, apresenta-se como um instrumento fundamental para dar segurança jurídica dentro do bloco, fato que representa um dos fatores elementares para se alcançar os fins que ele tem se proposto. Apresenta-se, também, como uma ferramenta imprescindível para garantir o cumprimento do Direito constitutivo e derivado do esquema de integração. Por sua vez, pode assegurar uma interpretação uniforme da normativa do bloco.

O Tratado de Assunção já previa o mecanismo provisório para a solução de controvérsias. Tratava-se de um sistema simples que determinava que os conflitos seriam submetidos a negociações diretas ente os Estados-partes e, caso não se chegasse a um acordo, haveria uma instância de conciliação perante o Grupo de Mercado Comum. Por ser provisório foi estipulado que esse sistema vigorasse até 120 dias após a entrada em vigor do Tratado de Assunção[6].

O primeiro instrumento a estabelecer um mecanismo para a solução de controvérsias que poderiam surgir entre os Estados parte no MERCOSUL foi o Protocolo de Brasília de 17 de dezembro de 1991 que foi estabelecido, também, com caráter transitório. Nesse sistema, além das negociações diretas foi criado um mecanismo jurisdicional com a competência de decidir de forma vinculativa para os Estado-partes. Contudo esse sistema foi alvo de várias críticas.

Entre elas pode se dizer que:

(i) A criação de Tribunais Ad Hoc não permite ou, como mínimo dificulta a criação de uma uniformidade na interpretação do Direito do MERCOSUL e, pela sua vez, não permite a criação de um órgão jurisdicional profissional, estável e com consciência regional;

[6] Anexo III do Tratado de Assunção.

(ii) A exclusão dos particulares como legitimantes ativos nas causas que lhes são próprias faz com que eles não se vejam tentados a fazer uso de um mecanismo no qual não podem ser levadas a cabo a defesa, dependendo da burocracia e da vontade política do Estado;

(iii) A opção de criar um mecanismo jurisdicional que funciona de forma subsidiária aos mecanismos de negociações diretas faz com que as controvérsias estejam sujeitas fortemente aos mecanismos diplomáticos e, assim, aos Poderes Executivos dos Estados-parte.

O Protocolo de Olivos de fevereiro de 2002, em vigor desde 10 de fevereiro de 2004, tentou aperfeiçoar aquele sistema. Contudo, cabe lembrar que ele também é de caráter de provisório, segundo o que conta no artigo 53 do Protocolo que estabelece: "*Antes de culminar o processo de convergência da tarifa externa comum, os Estados Partes efetuarão uma revisão do atual sistema de solução de controvérsias, com vistas à adoção do Sistema Permanente de Solução de Controvérsias para o Mercado Comum a que se refere o numeral 3 do Anexo III do Tratado de Assunção*". Três das modificações mais relevantes com relação ao sistema estabelecido no Protocolo anterior foi a criação da cláusula de eleição do foro, a criação de um Tribunal Permanente de Revisão (TPR) e possibilidade de este emitir opiniões consultivas.

A cláusula de eleição do foro determina, basicamente, que o Estado demandante pode escolher um mecanismo de solução de controvérsias diferentes daquele estabelecido no âmbito regional. Por exemplo, para as controvérsias comerciais os Estados poderão optar pelo regime estabelecido pela Organização Mundial do Comércio (OMC). Contudo, uma vez escolhido um dos foros, o outro não pode ser escolhido. Essa cláusula surge como resposta a um caso acontecido entre a Argentina e o Brasil em 2001 ("Caso dos frangos"). Nesse caso, o Tribunal Arbitral (segundo o sistema estabelecido no Protocolo de Brasília) emitiu um laudo favorável à posição Argentina. O Brasil, sem acatar a decisão do Tribunal, submeteu novamente a controvérsia perante a OMC. Nessa instância, o Brasil obteve satisfação aos seus requerimentos iniciais. Dessa forma, o mecanismo de solução de controvérsias no MERCOSUL foi amplamente ignorado por um dos seus membros,

tornando-se aquele ato uma consequência negativa no objetivo de desenvolver um sistema de solução de controvérsias estável, respeitado e uniforme.

Embora a cláusula de eleição de foro tenha sido elaborada para evitar possíveis casos como o relatado no parágrafo anterior, no qual podem ser ditadas duas decisões com relação a um mesmo tema, ela não serve para dar maior relevância ao mecanismo de solução de controvérsias regional, já que deixa para os Estados a escolha de em qual âmbito reclamar frente às controvérsias que puderem surgir. Esse fato pode provocar que o mecanismo de solução de controvérsias no MERCOSUL não seja levado em consideração pelos Estados, que decidem levar as suas controvérsias a outros âmbitos, gerando-se, então uma falta de desenvolvimento dele. Assim, duvidasse da eficácia dessa cláusula no sentido de consagrar o mecanismo de solução de controvérsias do MERCOSUL. Nesse sentido, segundo aquilo explicado por Rita Gajate, no Segundo Encontro de Supremos Tribunais do MERCOSUL tem se dito que:

> "La semilla de su propia destitución que obra en el mismo Protocolo de Olivos. La constante de seguir un esquema similar al de la OMC ha permitido adoptar la cláusula de la elección de foro, 'el forum shopping', que constituye un jaque al Tribunal más nuevo e inexperto, dando la opción a las partes para elegir cualquier otro fuero cuya funcionalidad –por cierto más conocida que la novedad del TPR- figure más atractiva o segura para los intereses de éstas. Puede preferirse lo viejo y conocido que lo nuevo por conocer". "La opción de foro afecta también la aplicación del derecho del MERCOSUR, pues no parece evidente que mecanismos de solución de controversias como es el de la OMC, que puede ser indicado para resolver el conflicto de la línea blanca, p.e., aplique el derecho comunitario". (GAJATE, 2005, p. 5)

O novo Protocolo continuou contemplando, como o Protocolo de Brasília, uma primeira etapa de negociações diretas e colocou a opção para as partes a intervenção conciliadora do Grupo de Mercado Comum. Confirmou, pela sua vez, a via da arbitragem. O Tribunal Permanente de Revisão foi instituído. Contudo, na realidade esse Tribunal é de convocatória e disponibilidade permanente, já que os árbitros se juntam no momento de decidir sobre uma controvérsia e se encontra limitado a questões de Direito. Pela sua vez, o TPR pode funcionar de forma imediata já que é contemplado que se as partes concordarem, o TPR pode atuar de forma direta como instância única em um litígio.

A última questão relevante, no que diz respeito às reformas efetuadas pelo Protocolo de Olivos, é a possibilidade dos Estados efetuarem opiniões consultivas ao TPR. Contudo os juízes não estão obrigados a solicitar uma opinião consultiva no caso de que exista alguma norma do MERCOSUL que deva ser interpretada. Para o caso de que os juízes nacionais decidam efetuar a consulta, a resposta dada pelo TPR não tem efeito vinculativo para eles.

É assim que se pode observar da breve análise efetuada neste ponto, que o mecanismo de solução de controvérsias estabelecido com o Protocolo de Olivos, atualmente vigente, também possui várias deficiências. Existe, contudo, a opinião daqueles que sustentam, como é o caso de Tatyana Friedrich (2010) que uma estrutura enxuta, com poucas sedes fixas, número de funcionários reduzidos e baseados preponderantemente na arbitragem, é muito mais adequada à realidade dos seus países, contribuindo para o desenvolvimento do bloco e de seus países e se corresponde melhor com a opção da intergovernabilidade. Nessa linha também se subscreve Félix Funders (2012) para quem o mecanismo de solução de controvérsias do MERCOSUL só pode ser comparado com o mecanismo jurisdicional da União Europeia só de forma limitada. Nesse sentido ele argumenta que:

> "[..] El sistema de solución de controversias instalado está coherente con la constitución institucional del Mercosur. La creación de un Tribunal supranacional con árbitros independientes propuesto reiteradamente tiene sentido, únicamente, si todos los demás órganos también toman decisiones independientes, las que, en el caso pertinente, también tuvieran que ser impuestas contra la voluntad de alguno de los Estados Parte". (FUNDERS, 2012, 78)

Outros, é o caso, por exemplo, de Alejandro Perotti (2010) sustentam a conveniência de evoluir no mecanismo e instituir uma Corte de Justiça do MEROCSUL. Esse projeto será brevemente explicado no ponto c) deste projeto.

4 O caso de análise: pneus remoldados

Com o objetivo de esclarecer a hipótese de trabalho toma-se como exemplo prático a ser analisado um caso complexo suscitado entre Brasil-Uruguai[7], por um lado e Argentina-Uruguay[8], por outro (os dois, no âmbito do MERCOSUL) e, finalmente, entre o Brasil e a União Europeia[9] (no âmbito da Organização Mundial do Comércio OMC). Trata-se do conflito pela importação de pneumáticos remoldados e usados. Por uma questão de extensão, neste projeto só se poderá fazer uma breve menção às diferentes controvérsias, sem poder desenvolver uma análise maior dos casos.

[7] Laudo N° 6/2002 do Tribunal Arbitral Ad Hoc do Mercosul. Montevidéu. Uruguai, 9 de janeiro de 2002.

O informalmente chamado "caso dos pneus", apesar de já ter alguns anos, apresenta-se como de relevância para a presente pesquisa pois, em primeiro lugar, foi a primeira vez que o TPR interveio em uma controvérsia (no caso entre o Brasil e o Uruguai ainda se aplicou para a solução da controvérsia o Protocolo de Brasilia). Cabe esclarecer que, também, foi a última vez que o TPR emitiu um laudo relacionado a uma controvérsia comercial entre Estado-partes. Lembre-se, nesse sentido, que, embora formalmente o último Laudo do TPR seja o 1/2012 relativo a**o procedimento excepcional de** u**rgência solicitado pelo Paraguai com relação à suspensão de s**u**a participação nos órgãos do MERCOSUL e a incorporação da Venezuela,** o TPR, nesse caso, não se expediu no sentido de emitir uma decisão sobre o fundo da questão, pois entendeu que não se tratava de um procedimento excepcional e que não tinha sido cumprida a obrigação de efetuar as negociações diretas, nem existia um consenso entre as partes para submeter a questão diretamente ao TPR.

Por sua vez, "o caso dos pneus" trata-se de uma controvérsia que, no caso entre a Argentina e o Uruguai passou por todas as instâncias previstas no Protocolo de Olivos. Houve, inclusive, um pedido por parte do Uruguai para que o TPR se manifestasse sobre a **divergência sobre o cumprimento do Laudo 1/05 por parte da Argentina. Além disso,** "o caso dos pneus" apresenta várias perspectivas de análise vinculadas à questão da fragmentação. A mais tratada pelos estudiosos é aquela que vincula a questão ambiental com a comercial. Nesta pesquisa, contudo, dar-se-á maior relevância à questão do possível conflito entre jurisdições internacionais e, especificamente, à análise entre a conexão de um

[8] As decisões no âmbito do MERCOSUL entre a Argentina e o Uruguai foram as seguintes: Laudo do Tribunal AD HOC do MERCOSUL. Montevidéu, Uruguai, 25 de outubro de 2005. Laudo Nº 1/2005 do Tribunal Permanente de Revisão. Paraguai, 20 de dezembro de 2005. Laudo Nº 1/2006 Complementar do Tribunal Permanente de Revisão. Assunção. Paraguai, 13 de janeiro de 2006. Laudo Nº 1/2007 do Tribunal Permanente de Revisão. Assunção. Paraguai, 8 de junho de 2007. Laudo N° 1/2008 do Tribunal Permanente de Revisão. Assunção. Paraguai, 25 de abril de 2008.

[9] DISPUTE SETTLEMENT: DISPUTE DS332 Brazil — Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres. Disponível em: http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds332_e.htm

sistema regional, como é o MERCOSUL, com o multilateral, no caso, a OMC no caso do mecanismo de solução de controvérsias.

O conflito entre o Uruguai e o Brasil começou quando o Ministério de Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior (SECEX) emitiu a Portaria No. 8/00 de 25 de setembro de 2000 que determinou a não concessão de licenças de importação de pneus recauchutados e usados. Cabe ilustrar que, com anterioridade à Portaria No 80/00, a Portaria No. 8/91 de 13 de maio de 1991 havia proibido a importação de pneus usados, mas não se negava a importação dos recauchutados. Por esse motivo, a importação desses pneus esteve autorizada durante dez anos, desde a Portaria No. 8/91 até a Portaria No. 8/00. O Uruguai, diante disso, reclama ante o MERCOSUL argumentando que a proibição violava a decisão No. 22/00 que indica que os Estados-partes não podem adotar nenhuma medida, de qualquer natureza, que restrinja o comércio, o artigo 1 do Tratado de Assunção e os Artigos 1 e 10(2) do Anexo do Tratado de Assunção e o princípio geral do *estoppel*. O painel, mediante Laudo 6/2002, decidiu que a proibição de importações de pneus não era compatível com a normativa do MERCOSUL e o Brasil devia derrogar essa proibição, pois ela contradiz, na opinião dos árbitros, os princípios gerais do Direito, especialmente o do *estoppel*.

No âmbito do MERCOSUL ainda se tem o conflito que se suscitou entre Argentina - Uruguai. Resumidamente, a controvérsia sobre pneumáticos foi apresentada pelo Uruguai, no marco do Protocolo de Olivos, questionando a compatibilidade da lei argentina no. 25.626, de 16 de agosto de 2002, que impedia a importação de pneumáticos remoldados, com a normativa do MERCOSUL. A primeira etapa teve lugar ante um Tribunal Ad Hoc que entendeu que a proibição argentina era compatível com a normativa do MERCOSUL e que a questão ambiental era uma exceção justificada ao livre comércio. Posteriormente, o Uruguai apresentou um recurso de revisão ante o TPR que emitiu o laudo 1/2005 onde estabeleceu, em primeiro lugar, que devia-se analisar se a medida em questão efetivamente restringia o livre comercio. Nesse sentido o TPR sustentou, efetivamente, que a proibição de importar pneus remoldados era uma medida restritiva ao livre comércio. Em segundo lugar, devia-se avaliar o caráter discriminatório ou não-discriminatório da medida. A posição do TPR foi a de que a medida seria diretamente discriminatória, pois afetava somente produtos estrangeiros, não somente afetava o Uruguai, mas também a todos os demais países do

mundo. Em terceiro lugar, devia-se verificar se a medida era ou não justificada. A posição do TPR nesse ponto foi a de que a medida não poderia ter uma justificação devida, já que, p.ex., nos antecedentes parlamentares da lei restritiva se dispunha não somente a proteção ao meio ambiente, mas também a proteção da indústria nacional provedora de pneus é desproporcional frente a um produto, o pneu remoldado, que não é nem resíduo nem um pneu usado segundo a própria conclusão do laudo arbitral. Além disso, o TPR alegou que o dano ao meio ambiente alegado pela Argentina não era nem grave, nem irreversível. Não era proporcional, no entendimento do TPR, ademais, porque não se podia impedir o livre comércio, salvo quando seja a única medida disponível. É assim que o TPR ordena revogar a resolução da instância anterior e ordena, também, a derrogação da lei no. 25.626 em um prazo de 120 dias.

Depois dessa decisão, a Argentina apresenta um recurso de aclaratória ante o TPR (Laudo nº 1/2006). O Tribunal desestima o recurso por entender que o que a Argentina pretendia era abrir a instância já decidida. Pela sua parte, o Uruguai, depois de ter transcorrido o prazo para o cumprimento do laudo por parte da Argentina, decide aplicar medidas compensatórias. A Argentina, ao considerá-las excessivas, interpõe uma reclamação ante o TPR. O TPR não considera esse recurso por entender que as medidas compensatórias implementadas pelo Uruguai foram proporcionais. (Laudo Nº 1/2007).
Finalmente, o Congresso Nacional Argentino sanciona uma nova lei no. 26.329 substituindo a proibição por um mecanismo de compensação que, basicamente, estabelece a permissão de importação de pneus remoldados de qualquer origem com a mesma (ou com inferior) quantidade de exportações de pneus usados desde a Argentina. O Uruguai, não satisfeito com os termos da nova lei e, segundo o estabelecido no art.30 do Protocolo de Olivos, alegou que a Argentina não havia cumprido satisfatoriamente com o laudo do TPR original. O TPR considerou, mediante o laudo 1/2008, que a Argentina não havia cumprido completamente o laudo original e que a lei no. 26.329 devia ser derrogada.

Em última análise tem-se o caso que aconteceu no âmbito da OMC entre Brasil e a Comunidade Europeia[10] (CE). No dia 20 de junho de 2005, a CE solicitou a celebração de consultas com o Brasil em conformidade com o parágrafo 1º do artigo 22 do GATT de 1994,

[10] DISPUTE SETTLEMENT: DISPUTE DS332 Brazil — Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres. Disponível em: http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds332_e.htm

no que diz respeito à imposição pelo Brasil de medidas que afetam desfavoravelmente às exportações ao mercado brasileiro de pneus remoldados procedentes da CE. No dia 12 de junho de 2007, o grupo especial tornou público seu relatório que indica, na parte que interessa aos fins deste projeto: "a proibição de importação do Brasil não era compatível com a letra b. do artigo XX do GATT de 1994.

Por sua vez, a CE, apresenta recurso sobre certas interpretações jurídicas formuladas pelo grupo Especial. No dia 3 de dezembro se publicou o relatório final do Órgão de apelação da OMC que determinou, em linhas gerais, que: a medida disposta pelo Brasil era uma medida necessária para a proteção do meio ambiente e que não implicava uma restrição injustificada ao comércio e determina, também, que a exceção de proibição no MERCOSUL constitui uma discriminação arbitrária o injustificável segundo as regras da OMC. Em 2009 a CE e o Brasil notificaram ter chegado a um acordo de procedimentos e o após isso o Brasil informou que tinha dado pleno cumprimento às recomendações e resoluções do órgão de apelações da OMC[11].

Cabe ainda lembrar que o Supremo Tribunal Federal no Brasil (STF), em 2009, confirmou a constitucionalidade das leis brasileiras que impediram a importação de pneus usados. Como resultado do julgamento estão proibidas em geral as importações de pneus usados para o Brasil, inclusive do MERCOSUL[12].

Uma análise interessante do caso sobre a questão de como como decisões tomadas em diferentes esferas de poder interagem é feita por Esther Slud, Fabio Weinberg Crocco. Segundo eles, evidencia-se uma influência reflexiva entre decisões externas e internas. Nesse sentido argumentam:

> A decisão em âmbito regional (Mercosul) afetou diretamente a decisão das cortes brasileiras (concessão de liminares que permitiam a importação de pneus usados e remodelados). Além disso, vale ressaltar que a decisão em âmbito regional fez com que houvesse, nos tribunais nacionais (brasileiros), repercussão muito além das partes integrantes do acordo (por exemplo, países da CE). Além disso, é importante notar que a decisão tomada pelo Tribunal Ad Hoc do Mercosul também teve papel significativo na decisão do OA da OMC. Isso, porque, conforme visto, uma das justificativas do referido órgão calcava-se na premissa de que a possibilidade de importar pneus de Estados Membros do Mercosul fazia com que a racionalidade que pautava a política restritiva brasileira (proteção ao meio ambiente e saúde pública) fosse afetada. Da mesma forma, as decisões internas interferiram diretamente nas decisões tomadas na OMC. Conforme exposto, a concessão de liminares que permitiam a importação de pneus foi determinante para as decisões do Painel e do OA. Nesse mesmo contexto, a decisão da OMC também repercutiu nas decisões dos tribunais nacionais. Houve uma diminuição na concessão de liminares e o Supremo Tribunal Federal passou a cassar e suspender algumas dessas decisões (SLUD; CROCCO, 2009).

[11] Dados obtidos do sitio de internet da Organização Mundial do Comercio: http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds332_s.htm.

[12] Veja: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=110046.

Sem deixar de reconhecer a importância de tais argumentos, mas analisando a questão desde outra perspectiva, a pergunta que se coloca neste projeto a partir da descrição do "caso dos pneus" é a seguinte: aquilo que foi decidido pela OMC interfere naquilo que foi decidido pelo Tribunal Ad Hoc na controvérsia entre Brasil e Uruguai e, assim, acaba interferindo, também, naquilo que foi sustentado pelo TPR na controvérsia entre Argentina e Uruguai? Para dar uma aproximação de resposta a essa pergunta deve se esclarecer primeiramente o seguinte: (i) o Brasil devia adotar medidas compatíveis com a resolução da OMC, e, assim, ou o Brasil permitia o ingresso de pneus remoldados e usados de todos os países membros da OMC, incluindo os países do bloco regional, ou proibia para todos os países, ou, ainda, tentava chegar a um acordo com os países exportadores de pneus remoldados do bloco regional do MERCOSUL (Uruguai e Paraguai); (ii) a resolução da OMC confirma ou, pelo menos, reforça a argumentação da Argentina, no sentido de que a proibição dos pneus remoldados é uma medida necessária para a proteção do meio ambiente; (iii) o Brasil, depois do acórdão do STF e segundo o estabelecido pela OMC, adotou uma política que não cumpre com o Laudo do MERCOSUL (Laudo VI de 2002).

Nesse sentido, sustenta-se que o conflito no marco da OMC interfere diretamente naquilo que foi decidido dentro do bloco regional do MERCOSUL, provocando: (i) uma deficiência no mecanismo de solução de controvérsias dentro do bloco (pelo fato de que o órgão de apelações da OMC atuou como uma espécie de órgão de hierarquia superior ao MERCOSUL em um caso (Brasil-Uruguai) que não foi levado à sua jurisdição, provocando-se, como efeito daquela decisão, a possibilidade de que o Brasil deixe de cumprir com um laudo do MERCOSUL, (ii) uma incongruência dentro do bloco (permitindo que um Estado-membro esteja habilitado para descumprir um laudo arbitral do MERCOSUL quando, em um caso com similares características (Argentina-Uruguai), o Estado condenado (Argentina) ainda encontra-se obrigado a cumprir o laudo do MERCOSUL. Inclusive, sendo que os

argumentos da Argentina da proibição de importação por questões ambientais foram reconhecidos pela OMC no caso entre o Brasil e a União Europeia.

Embora se reconheça que a existência de normas especiais nos sistemas regionais, como é o caso do mecanismo de solução de controvérsias do MERCOSUL, não se encontra isolada do resto do Direito, sustenta-se, ainda, que existem incoerências e insuficiências que são possíveis por causa de um contexto internacional que está marcado por uma crescente fragmentação e que devem encontrar uma solução ou, no mínimo, uma diminuição das consequências negativas. Por esse motivo, sustenta-se que frente à situação atual, uma cooperação jurisdicional (no caso de estudo entre a OMC e o MERCOSUL, quando surgir um caso com similares características ao descrito neste ponto) é necessária para harmonizar os objetivos regionais com os globais, permitindo que o bloco regional possa evoluir para atingir seus objetivos, o que só pode ser levado a cabo (além do respeito "intra-região") se o âmbito "extra-região" colaborar também, para tal fim. A fraqueza institucional do MERCOSUL, especificamente no que diz respeito ao mecanismo de solução e controvérsias, se vê reforçada em casos como o analisado, no qual pareceria existir uma preponderância no mecanismo de solução de controvérsias da OMC em detrimento do mecanismo proposto desde o MERCOSUL. Longe de existir coordenação, redes policêntricas dialogando, cooperação ente jurisdições, o que se pode observar no caso analisado é uma vinculação de hierarquia, no qual o mecanismo de solução de controvérsias de um sistema como o MERCOSUL, que já padece deficiências internas, encontra-se afetado por decisões externas ao bloco, provocando uma fragilidade ainda maior. Lembre-se que, como foi sustentando anteriormente, um mecanismo de solução de controvérsias respeitado pelos Estados-partes e suficientemente evoluído apresenta-se como um instrumento fundamental para dar segurança jurídica dentro do bloco, sendo capaz de criar a confiança necessária para acreditar no processo de integração.

5 Conclusão

O presente estudo teve como finalidade demonstrar, mediante o estudo do fenômeno da fragmentação do Direito Internacional e tomando como exemplo um caso

paradigmático (caso dos Pneus remoldados), como esse fenômeno propicia e propiciou o cenário para que a OMC pudesse decidir sobre uma questão sobre a qual o MERCOSUL já tinha decidido.

Nesse sentido, sustentou-se, que o conflito no marco da OMC interfere diretamente naquilo que foi decidido dentro do bloco regional do MERCOSUL, provocando: (i) uma deficiência no mecanismo de solução de controvérsias dentro do bloco (pelo fato de que o órgão de apelações da OMC atuou como uma espécie de órgão de apelação do MERCOSUL em um caso (Brasil-Uruguai) que não foi levado a sua jurisdição, modificando um laudo do MERCOSUL, (ii) uma incongruência dentro do bloco (permitindo que um Estado-membro esteja habilitado para descumprir um laudo arbitral do MERCOSUL quando, em um caso com similares características (Argentina-Uruguai), o Estado condenado (Argentina) ainda encontra-se obrigado a cumprir com o laudo do MERCOSUL. Essas incoerências e insuficiências são possíveis por causa de um contexto internacional que não determina, com claridade quais são as regras específicas na relação entre uma crescente fragmentação e o sistema global como um todo. Por esse motivo, sustenta-se que frente à situação atual, uma cooperação jurisdicional (no caso de estudo entre a OMC e o MERCOSUL) é necessária para harmonizar os objetivos regionais com os globais, permitindo que o bloco regional possa evoluir para atingir seus objetivos o que só pode ser levado a cabo, além do respeito intra-bloque, se o âmbito extra-bloque colaborar também, para tal fim.

6 Referências Bibliográficas

ESPÓSITO, Carlos. El MERCOSUR entre el regionalismo y el multilateralismo. **Revista Electrónica de Estudios Internacionales**. Nº 1. 2000. Disponible en: www.reei.org/reei1/Esposito.reei.PDF.

FRIEDRICH, Tatyana Scheila. A teoría e a prática do sistema de solução de controversias no MERCOSUL- Entrave ou estímulo ao desenvolvimento do bloco e de seus países? Em: BACELLAR, Romeu Felipe Filho e FRIEDRICH, Tatyana Scheila (Coord.). **Aspectos jurídicos da aproximação dos países com vistas ao desenvolvimento coalizões, integração regional e multilateralismo**. Curitiba: Íthala, 2010.

FUNDERS, Félix. La solución de controversias en el MERCOSUR : Una evaluación del sistema y de la jurisprudência. **Revista Prima Facie**, João pessoa, V. 11, n. 21, ano 11, Jul-dez, 2012, p. 75-108

GAJATE, Rita Marcela. Mecanismos de solución de controversias en el MERCOSUR y el ALCA**. Informe Integrar. Instituto de Integración Latinoamericana. Universidad Nacional de La Plata** (IIL–UNLP). nº 30, Junio de 2005. Disponible en: http://www.iil.org.ar/textos/informe/integrar30.pdf.

HAFNER, Gerhard. Pros and cons ensuing from fragmentation of international law. **Michigan Journal of International Law**. Vol. 25. 2004. p. 849-863.

HART, Helbert. **O conceito de Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

KELSEN, Hans. **Teoría general del derecho y del Estado**. Trad. Eduardo García Maynez. México: Impr. Universitaria, 1949.

_____. **Teoría pura del derecho.** Edición: 4ª ed. Buenos Aires: Eudeba, 2003

_____. **Derecho y paz en las relaciones internacionales**. México: Fondo de Cultura Económica, 1943.

_____. **La paz por medio del Derecho**. Traducción Luis Echavarri. Buenos Aires: Editorial Losada, 1946.

_____. **Principios de derecho internacional público**. Buenos Aires: El Ateneo, 1965.

KOSKENIEMI, Martti.; LEINO, Päivi, L. Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties. **Leiden Journal of International Law**. Vol.15. 2002. p. 553–579.

KOSKENIEMI, Martti. The fate of Public International Law: between technique and politics. **The Modern Law Review**. Vol. 70 nº 1.

LUPI, Andre Lipp Basto. **Soberania, OMC e MERCOSUL**. São Paulo: Aduaneiras, 2001.

MIDÓN, Mario. **Derecho de la integración. Aspectos institucionales del MERCOSUR**, Buenos Aires: Rubinzal, 1998.

PAUWELYN, Joost. **Conflict of Norms in Public International Law. How WTO Law Relates to other Rules of International Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2003

_____. Bridging fragmentation and unity: international law as a universe of inter-connected islands. **Michigan Journal of International Law**. Vol. 25. 2004. p. 903-916
PEROTTI, Alejandro. **Habilitación constitucional para la integración comunitaria. Estudio sobre los Estados del MERCOSUR**. Montevideo. Konrad Adenauer Stiftung, 2004. Tomos I y II.

_____. **Tribunal Permanente de Revisión y Estado de Derecho en el Mercosur**. Barcelona: Marcial Pons, 2007.

_____. El proyecto de creación de la Corte de Justicia del Mercosur: estado de las negociaciones. **Revista de la Procuración del Tesoro de la Nación** Nº 1/2010. "edición bicentenario" .

PESCATORE, Pierre. **Derecho de la integración: nuevo fenómeno en las relaciones internacionales.** Argentina: Instituto para la Integración de América Latina (INTAL), 1973

SLUD Esther, CROCCO, Caso dos Pneus: um exemplo de como decisões tomadas em diferentes esferas de poder interagem. **Pontes bimestral**. Vol. 5, n.2, junho 2009. Disponível em: http://www.ictsd.org/bridges-news/pontes/news/caso-dos-pneus-um-exemplo-de-como-decis%C3%B5es-tomadas-em-diferentes-esferas-de

TRIEPEL, Karl Heinrich. As relações entre o direto interno e o Direito internacional**. Revista da Faculdade de Direito. Universidade Federal de Minas Gerais**. Ano XVII. N. 6. Outubro, 1966.

O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO E OS DIREITOS SOCIAIS: ASPECTOS DE SEU RECONHECIMENTO E INCIDÊNCIA NA DIMENSÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

*Bartira Barros Salmom de Souza**

Palavras-chave: Constituição Federal; Direitos Sociais; princípios constitucionais, princípio da dignidade da pessoa humana; princípio da vedação de retrocesso.

Resumo: O princípio da proibição de retrocesso social visa proibir a supressão ou redução de direitos sociais em níveis já alcançados social e juridicamente. A problemática tratada no trabalho surge da necessidade de reconhecimento desse princípio no ordenamento pátrio e, posteriormente, na definição do seu alcance através do estabelecimento de limites à atuação do legislador constitucional e legal, em face da observância dos princípios da dignidade da pessoa humana, segurança jurídica e proporcionalidade. O método utilizado é o dedutivo. Objetiva-se demonstrar a existência desse princípio, embora incipiente, no ordenamento jurídico pátrio, por meio de sua invocação na doutrina e jurisprudência pátrias, embora careça de previsão constitucional ou legal.

Keywords: Federal Constitution; Social rights; constitutional principles; principle of human dignity; non-retrogression Principle;

Abstract: The principle of social regression prohibit seeks to ban the removal or reduction of social rights already achieved social and legally. The problems treated at work arises from the need for recognition of that principle in parental planning and subsequently in defining their reach by establishing limits on the performance of the constitutional and legal legislator, given the observance of the principles of human dignity, security legal and proportionality. The method used is deductive. The objective is to demonstrate the existence

*Advogada e assistente jurídica na Procuradoria Geral do Estado de Santa Catarina, possui pós-graduação *lato sensu* em Direito do Trabalho pela AMATRA da 12ª Região em convênio com a UNIVALI e em Direito Constitucional pelo Complexo Educacional Damásio de Jesus. Currículo disponível em http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K4336727D9.

of that principle, although incipient, in Brazilian legal system, through invoking the doctrine and homelands jurisprudence, although still lacks of constitutional or legal provision.

1 Introdução

De extração implícita na Constituição Federal, o princípio da vedação de retrocesso social decorre dos princípios fundantes do sistema jurídico-constitucional e visa proibir a supressão ou redução de direitos sociais em níveis já alcançados. Equivale dizer que se trata de uma restrição à liberdade de reforma pelo legislador quando da alteração ou revogação da legislação infraconstitucional e das condutas praticadas pela Administração Pública em detrimento dos direitos estabelecidos na Constituição Republicana.

De pronto, discorre-se sobre a matéria envolta aos direitos sociais, colacionando-se o conceito atribuído por estudiosos do ramo, não desmedindo, entretanto, seu percurso histórico, características e situação na teoria dos direitos fundamentais.

Outrossim, através de considerações relativas à eficácia e aplicabilidade das normas em comento, progredir-se-á com explanações de sua correlação com a dignidade da pessoa humana e da segurança jurídica.

Ainda na primeira parte, traz-se um intróito relativo aos limites impostos ao legislador infraconstitucional, avançando-se com a problemática discussão que envolve a tese da reserva do possível e a efetivação dos direitos sociais.

Num segundo momento, dedica-se ao estudo do princípio em si por meio do cotejo de obras de renomados doutrinadores, como José Joaquim Gomes Canotilho e Ingo Wolfgang Sarlet, que importou essa tese para o sistema pátrio com a complexidade que lhe é inerente. Sendo, portanto, tese oriunda de legislações estrangeiras, fez-se sua integração no panorama jurídico pátrio e, ainda, a abrangência e reflexos no processo legislativo infraconstitucional.

A vedação ao retrocesso, ademais, não deve (nem pode) ser interpretada de maneira absoluta, sob pena de negar seus próprios suportes principiológicos. Desta relatividade, decorre que é possível a alteração do texto constitucional, desde que da atividade legiferante não resulte invasão ao núcleo essencial dos direitos fundamentais, o

que igualmente é analisado, tanto sob o aspecto da tese da dupla revisão, quanto dos limites materiais implícitos.

Por fim, na última seção, há abordagem específica da vedação do retrocesso, traçando-se seus principais limites e abrangência, discorrendo-se sobre os contornos das medidas conferidas ao jurisdicionado para garantia do exercício dos seus direitos. Após, analisa-se a proibição ao retrocesso sob a ótica do princípio da proporcionalidade.

2 Os direitos sociais

Os direitos sociais, grosso modo, compreendem os atos positivos do Estado a fim colocar à disposição do sujeito de direito a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados, *ex vi* do artigo 6º da CR, daí se constituírem nos chamados direitos de segunda dimensão, pois tendem a exigir do Estado uma intervenção na ordem social que assegure uma determinada prestação com base nos critérios de justiça distributiva.

2.1 Conceito e contexto histórico de surgimento dos direitos sociais

Diferentemente dos direitos à liberdade, os direitos sociais se perfazem por meio de atuação estatal com a finalidade de diminuir as desigualdades sociais e, por isso, demandam um custo economicamente excessivo e a se realizar em longo prazo.

Segundo o conceito utilizado por José Afonso da Silva (2010, p. 286):

> [...] podemos dizer que os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de direitos sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito da igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.

Ainda, pode-se afirmar que os direitos sociais visam a concretização da dignidade humana, são decorrentes desse e devem sempre guardar estreita observância ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Os direitos fundamentais costumam ser classificados pela doutrina contemporânea em *gerações* de direitos fundamentais.

Por bem da verdade, há quem sustente que o termo *gerações* traz equívocos à interpretação do tema pela sua acepção literal. Isso porque o vocábulo em questão traz consigo a ideia de sucessão, ao passo que uma geração *sucederia* a próxima, excluindo o seu âmbito de atuação. Como parece evidente, essa interpretação não se coaduna com o ideal aqui almejado. Por este motivo, doutrinadores contemporâneos tendem a pregar a ideia do vocábulo *dimensões*, os quais trazem consigo a noção de coexistência no âmbito dos direitos fundamentais (HOLTH, 2009, p. 249).

Assim o sendo, pacificamente na doutrina há de se elencar três dimensões dos direitos fundamentais, as quais refletem cronologicamente o contexto histórico-social.

Inicialmente, cumpre explicitar os direitos fundamentais de primeira geração, também chamados de direitos de defesa, como bem lembrado por Leo Van Holth (2009, p. 248), "decorrem diretamente da ideologia do liberalismo e caracterizam-se pela exacerbação do direito de liberdade individual", o que equivale dizer a prevalência de um ideal de não intervenção estatal nos negócios particulares.

A seu turno, esta segunda geração teve seu nascedouro na Revolução Industrial do século XIX, em que se passou a substituir o homem pela máquina gerando, como consequência, o desemprego em massa, gerando a classe operária com a consequente divisão de classes e aumento da desigualdade social entre essas. Decorrência disso foi a situação de miséria da classe trabalhadora além do grande excedente de mão de obra.

Nesse contexto, com a crescente pressão popular para que o Estado saísse de sua cômoda posição de observador da política econômica e os males que essa vinha trazendo à sociedade – com o desgaste do pensamento econômico liberal, com as ideias trazidas por pensadores como Marx e Engels –, o Estado se viu diante da necessidade de se posicionar no sentido de garantir a proteção a direitos como a saúde, a educação, segurança, entre outros.

Retomando-se a linha de pensamento exposta anteriormente, pode-se verificar que a terceira geração dos direitos fundamentais é visualizada, ao menos com maior clareza, nas últimas décadas, consagrando direitos fundamentais voltados à solidariedade, à fraternidade, à sociedade entendida como um ente coletivo (SILVA, 2007, p. 291).

Ademais, há de se ressaltar a existência de direitos fundamentais de quarta geração, os quais, muito embora haja controvérsia acerca de sua real extensão e, inclusive, existência, estariam diretamente relacionados à globalização política, "pretendendo uma universalização dos direitos fundamentais no campo institucional" (HOLTHE, 2009, p. 249).

2.2 Aplicabilidade e eficácia dos direitos sociais

Disciplina o parágrafo segundo do artigo 5º da Constituição da República que as normas relativas a direitos e garantias fundamentais possuem aplicação imediata. Contudo, cabe a ressalva feita por Pedro Lenza (2014, p. 1.062) no sentido de que as normas definidoras "de direitos sociais, culturais e econômicos (direitos de 2ª dimensão, acrescente-se) nem sempre o são, porque não raro dependem de providências ulteriores que lhes completem a eficácia e possibilitem sua aplicação".

Doravante, salienta José Afonso da Silva (2009, p. 180) que a aplicabilidade e eficácia são fenômenos distintos, "faces de uma mesma moeda, porque uma norma só é aplicável à medida que for eficaz". É que a aplicabilidade está diretamente relacionada com a incidência das constituições, enquanto a eficácia com a capacidade das constituições gerarem efeitos.

Assim o sendo, faz-se necessário discorrer alguns comentários sobre a classificação atinente à eficácia.

Uma das principais classificações utilizadas é aquela que subdivide as normas constitucionais em normas de eficácia plena, eficácia contida e eficácia limitada.

As normas de eficácia plena, de aplicabilidade direta, imediata e integral, na lição de Pedro Lenza (2014, p. 251) "são aquelas normas da Constituição que, no momento em que esta entra em vigor, estão aptas a produzir todos os seus efeitos, independentemente de norma integrativa infraconstitucional".

A seu turno, as normas de eficácia contida são aquelas que possuem "aplicabilidade direta e imediata, mas possivelmente não integral" (LENZA, 2014, p. 251). São, portanto, normas que estão sujeitas a restrições que limitam sua eficácia e aplicabilidade. Tais restrições podem ser impostas pelo legislador infraconstitucional, na edição de leis ordinárias e complementares; por outras normas constitucionais, através das emendas constitucionais, uma vez que o instituto da revisão esgotou-se com as reformas constitucionais de 1994; e pela mutação de conceitos jurídicos indeterminados (ALEXANDRINO, 2010, p. 61).

Por sua vez, as normas de eficácia limitada são aquelas que não produzem efeitos pela sua simples entrada em vigor, haja vista que, por algum motivo, o legislador originário não estabeleceu normatividade suficiente para tanto, repassando este encargo para o legislador infraconstitucional. Ademais, são de aplicabilidade indireta, mediata e reduzida (ALEXANDRINO, 2010, p. 63).

Portanto, está claro que as normas de direito social são de eficácia limitada, o que equivale dizer aquela de menor grau de eficácia intrínseca.

No entanto, mesmo quando se fala em eficácia limitada, é de se ter em mente que alguma eficácia o comando constitucional deve possuir. Assim é que exsurge o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais. De fato, a moderna doutrina se posiciona no sentido de negar a existência de normas desprovidas de eficácia.

Assim, ainda que se acolha a divisão das normas constitucionais de acordo com sua eficácia em plena, contida e limitada, essas últimas detêm certa quantidade de eficácia e que independe da vontade do legislador. Isso porque não mais se admite que uma norma constitucional dependa completamente do legislador infraconstitucional para produzir qualquer efeito.

2.3 Limites ao Legislador Infraconstitucional sob a ótica de Ingo Wolgang Sarlet

Todo direito na constituição não é letra morta, tudo guarda algum grau, alto ou baixo, de eficácia.

Assim é que mesmo sendo de baixa densidade normativa ao nível da Constituição, os direitos sociais serão sempre capazes de gerar minimamente efeitos jurídicos, uma vez que já não há mais quem defenda que existam normas constitucionais destituídas completamente de eficácia e, por conseguinte, de aplicabilidade.

Contudo, mesmo que constatada a existência de normas de baixa densidade normativa, ainda assim é defeso ao legislador constitucional efetuar qualquer supressão aos direitos até então concebidos na Constituição Republicana.

É com este pensamento que Ingo Wolfgang Sarlet (2011, p. 578) assevera:

> Ainda que o legislador infraconstitucional disponha de liberdade relativamente ampla de conformação (que deverá ser analisada à luz de cada direito fundamental), não se poderá sustentar que esta abrange a prerrogativa de suprimir completamente o direito fundamental legalmente concretizado.
> [...] Atente-se a que não se cuida da realização legislativa de uma cláusula geral (mesmo assim sujeita a certos limites), como constitui o princípio do Estado social de Direito, mas, sim, de direitos fundamentais específicos, mais ou menos definidos ao nível da Constituição, que vinculam todos os poderes constituídos. Em se tratando, todavia, de matéria mais propriamente vinculada à problemática da proibição de retrocesso, é neste contexto que deveremos dispensar maior atenção ao tema.

Isto porque, quando não basta a mera disciplina do legislador originário, havendo nítida imposição ao legislador derivado de que atue de forma positiva na concretização dos direitos sociais, exsurge, nesse contexto, uma espécie de proibição, ainda que implícita, porém iminente, de que o legislador infraconstitucional venha a normatizar a efetivação dos direitos sociais de forma prejudicial ou avessa à finalidade prevista pelo legislador originário.

2.4 Problemática da Reserva do Possível e a Judicialização dos Direitos Sociais

A viabilidade de efetivação do direito social assume uma especial relevância, mormente quando analisada sobre a finalidade do princípio da reserva do possível, diretamente relacionada ao efetivo custo de implementação dos direitos constitucionalmente previstos, de forma que tais gastos passam a integrar o próprio conceito do direito, ao passo que, ante a indisponibilidade de recursos, não haveria que se falar em direito a ser defendido.

No dizer de Ingo Wolfgang Sarlet (2011, p. 368), foi em virtude desses dois aspectos, quais sejam, a possibilidade e o poder de disposição por parte do destinatário da norma, que se passou a sustentar a colocação dos direitos sociais na chamada "reserva do possível".

Explicita que o problema da escassez de recursos, embora indissociável da reserva do possível, deve encontrar na administração pública a sua melhor forma de gestão. Para isso impõe-se a deliberação responsável a respeito da destinação dos recursos públicos, a busca de aprimoramento dos mecanismos de gestão democrática do orçamento; bem como a necessidade de crescente conscientização por parte dos órgãos do Poder Judiciário.

Tais órgãos, portanto, não apenas devem primar pela efetivação dos direitos sociais; mas, ao realizá-lo, deverão ter a máxima cautela e responsabilidade tanto ao conceder, ou não, um direito subjetivo a determinada prestação social, quanto ao declarar a inconstitucionalidade de alguma medida restritiva ou retrocessiva de algum direito social.

Por estarem as demandas judiciais surtindo reflexos nas questões orçamentárias, impõe-se breve panorama acerca desse tema.

Pondera Harrison Leite (2014, p. 29):

> [...] O debate se inicia coma premissa de que os direitos fundamentais não são apenas parâmetros a serem seguidos ou nortes que indicam as prioridades nas programações das políticas públicas.
> [...] Foi a partir dessa premissa que o Judiciário passou a se posicionar em defesa dos direitos à saúde e à educação com maior intensidade [...]

O STJ, nessa linha, tem dado amparo judicial aos direitos sociais entendendo que, muito embora não sejam direitos absolutos, devem ser disponibilizados se não houver comprovada limitação de ordem orçamentária, ao passo que não haveria qualquer desrespeito ao princípio da separação dos poderes. Este foi o decidido no REsp 1.185.474/SC, de relatoria do Ministro Humberto Martins, cuja ementa tornou-se um ícone sobre o assunto:

> ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL - ACESSO À CRECHE AOS MENORES DE ZERO A SEIS ANOS - DIREITO SUBJETIVO - RESERVA DO POSSÍVEL - TEORIZAÇÃO E CABIMENTO - IMPOSSIBILIDADE DE ARGUIÇÃO COMO TESE ABSTRATA DE DEFESA - ESCASSEZ DE RECURSOS COMO O RESULTADO DE UMA DECISÃO POLÍTICA -PRIORIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS - CONTEÚDO DO MÍNIMO EXISTENCIAL - ESSENCIALIDADE DO DIREITO À EDUCAÇÃO - PRECEDENTES DO STF E STJ.

> 1. A tese da reserva do possível assenta-se em ideia que, desde os romanos, está incorporada na tradição ocidental, no sentido de que a obrigação impossível não pode ser exigida (Impossibilium nulla obligatio est - Celso, D. 50, 17, 185). Por tal motivo, a insuficiência de recursos orçamentários não pode ser considerada uma mera falácia.
> 2. Todavia, observa-se que a dimensão fática da reserva do possível é questão intrinsecamente vinculada ao problema da escassez. Esta pode ser compreendida como "sinônimo" de desigualdade. Bens escassos são bens que não podem ser usufruídos por todos e, justamente por isso, devem ser distribuídos segundo regras que pressupõe o direito igual ao bem e a impossibilidade do uso igual e simultâneo.
> 3. Esse estado de escassez, muitas vezes, é resultado de um processo de escolha, de uma decisão. Quando não há recursos suficientes para prover todas as necessidades, a decisão do administrador de investir em determinada área implica escassez de recursos para outra que não foi contemplada. A título de exemplo, o gasto com festividades ou propagandas governamentais pode ser traduzido na ausência de dinheiro para a prestação de uma educação de qualidade. [...]
> (REsp 1.185.474/SC, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, j. em 20/04/2010, DJe 29/04/2010)

O STJ, portanto, nesta primeira parte do julgado, acolhe expressamente a teoria da reserva do possível no contexto nacional, afirmando que apenas poderá ser invocada quando os recursos forem, a tal ponto, escassos que não seja suficientes para provar toda a população.

Tal situação, entretanto, ao menos analisada sob o contexto estrito do afirmando pela Corte Superior acima, levaria inevitavelmente à invocação da reserva do possível para toda e qualquer situação, tendo em vista que num país de dimensões continentais como o Brasil e sendo notória a falência do Estado em sentido amplo em dispor de recursos para prover as necessidades de toda a população.

Daí advém a necessidade de uma limitação à teoria, o que é observado subsequentemente na seguinte ementa:

> **4. É por esse motivo que, em um primeiro momento, a reserva do possível não pode ser oposta à efetivação dos Direitos Fundamentais, já que, quanto a estes, não cabe ao administrador público preteri-los em suas escolhas.** Nem mesmo a vontade da maioria pode tratar tais direitos como secundários. Isso, porque a democracia não se restringe na vontade da maioria. O princípio do majoritário é apenas um instrumento no processo democrático, mas este não se resume àquele. Democracia é, além da vontade da maioria, a realização dos direitos fundamentais. Só haverá democracia real onde houver liberdade de expressão, pluralismo político, acesso à informação, à educação, inviolabilidade da intimidade, o respeito às minorias e às ideias minoritárias etc. Tais valores não podem ser malferidos, ainda que seja a vontade da maioria. Caso contrário, se estará usando da "democracia" para extinguir a Democracia.
> 5. Com isso, observa-se que a realização dos Direitos Fundamentais não é opção do governante, não é resultado de um juízo discricionário nem pode ser encarada como tema que depende unicamente da vontade política. **Aqueles direitos que estão intimamente ligados à dignidade humana não podem ser limitados em razão da escassez quando esta é fruto das escolhas do administrador.**
> **Não é por outra razão que se afirma que a reserva do possível não é oponível à realização do mínimo existencial.**
> (REsp 1.185.474/SC, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, j. em 20/04/2010, DJe 29/04/2010, sem grifo no original)

Como se observa, a limitação em questão é a própria dignidade da pessoa humana, consubstanciada nos direitos fundamentais, que não pode estar subordinada à escassez de recursos ou, ainda, a uma opção política. Estava consolidada neste momento, uma tese de mínimo existencial, cujos pormenores são explicados nos itens subsequentes:

> 6. O mínimo existencial não se resume ao mínimo vital, ou seja, o mínimo para se viver. O conteúdo daquilo que seja o mínimo existencial abrange também as condições socioculturais, que, para além da questão da mera sobrevivência, asseguram ao indivíduo um mínimo de inserção na "vida" social.
> 7. Sendo assim, não fica difícil perceber que dentre os direitos considerados prioritários encontra-se o direito à educação. O que distingue o homem dos demais seres vivos não é a sua condição de animal social, mas sim de ser um animal político. É a sua capacidade de relacionar-se com os demais e, através da ação e do discurso, programar a vida em sociedade.
> [...]
> 9. Eis a razão pela qual o art. 227 da CF e o art. 4º da Lei n.8.069/90 dispõem que a educação deve ser tratada pelo Estado com absoluta prioridade. No mesmo sentido, o art. 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente prescreve que é dever do Estado assegurar às crianças de zero a seis anos de idade o atendimento em creche e pré-escola. Portanto, o pleito do Ministério Público encontra respaldo legal e jurisprudencial. Precedentes: [...]
> (REsp 1.185.474/SC, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, j. em 20/04/2010, DJe 29/04/2010)

A seu turno, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, pode-se observar o julgado da STA-AgR 175/CE, relatada pelo Ministro Gilmar Mendes, confira-se:

> EMENTA: Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde - SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Zavesca (miglustat). Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de

> grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento. (STA 175 AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. em 17/03/2010, em 30-04-2010)

Assim é que se pode dizer que, sob essa ótica, o princípio da reserva vem sendo atenuado para dar lugar a efetiva concretização dos direitos sociais, a menos que reste comprovada a total ausência de recursos por parte do Estado.

Veja-se que o Supremo igualmente amparou a tese de que é possível ao poder judiciário condenar a administração pública na implementação de políticas públicas, muito embora se note que o julgado encontra-se permeado de ressalvas e pressupostos a serem observados antes de qualquer condenação.

3 Princípio da vedação ao retrocesso

Cotejando-se os estudos direcionados ao princípio da proibição de retrocesso social, observa-se que seus primórdios remarcam inicialmente a doutrina e jurisprudência alemã e portuguesa. Sua finalidade consubstancia-se em disciplinar que ao Estado, na qualidade de garantidor dos direitos fundamentais, é defeso atuar no sentido de negar, obstar ou suprimir a realização de direitos sociais consagrados.

Destarte, a devida proteção dos direitos disciplinados na conjuntura constitucional brasileira deve ser permeada por uma análise sistemática de todo o ordenamento jurídico. Via de consequência, não há de se olvidar que a proteção aos referidos direitos deve respeitar, sobretudo, o direito adquirido e igualmente os demais princípios estruturantes do sistema constitucional brasileira, com especial destaque para a segurança jurídica a dignidade da pessoa humana.

Cumpre destacar ainda que "Embora nem todos aceitem tal princípio, acreditamos que é inconstitucional qualquer ato legislativo que anule, revogue ou aniquile liberdades públicas assentadas no seio da sociedade." (BULOS, 2014, p. 537).

O problema conceitual que aflige a vedação ao retrocesso não é próprio do princípio em questão, haja vista que, como é da natureza do direito constitucional, não há de se olvidar que, na medida em que a evolução social permeia o pensamento dos juristas

contemporâneos, via de consequência, os institutos jurídicos até então aplicados vêm adquirindo novas feições, abrangendo áreas e situações fáticas antes não afetadas. Por este motivo, os conceitos dados a determinado instituto jurídico estão em constante mutação, sendo esta ainda mais acentuada nos primeiros degraus do estudo de determinado princípio, momento o qual a zona cinzenta de sua aplicação possui abrangência relativamente maior em relação aos demais preceitos constitucionais.

Tal situação acarreta incerteza jurídica nos jurisdicionados, cabendo aos doutrinadores e aplicadores do direito o papel fundamental de delinear os aspectos principais de incidência de determinado instituto.

É precisamente neste fase inicial, ao menos no contexto jurídico brasileiro, que se encontra o princípio da vedação ao retrocesso.

Sob este viés, Ingo Wolfgang Sarlet (2011, p. 536) ressalta que:

> De outra parte, embora a evolução constitucional tenha revelado uma crescente convergência no que diz com o reconhecimento, em termos gerais, de tais pressupostos, assim como de uma série de categorias que lhes são correlatas (como é o caso da reserva legal, da garantia do núcleo essencial, da proporcionalidade, entre outras), segue indispensável, até mesmo pela relativa diversidade das diretrizes normativas adotadas em cada ordem jurídica, com importantes reflexos na doutrina e jurisprudência, privilegiar, ainda que de olhos abertos para o direito comparado, uma análise constitucionalmente adequada.

É por esta razão que se verifica neste trabalho que doutrinadores, de uma forma geral, não se aventuram na conceituação do princípio da vedação ao retrocesso, limitando-se a assinalar os aspectos principais de sua aplicação, ainda que de maneira precária, o que é compreensível em face do atual estágio evolutivo brasileiro no tema.

Neste contexto, segundo a doutrina de Lenza (op. cit., p. 1200), afirma-se que o princípio da vedação ao retrocesso consiste no simples fato de que "nem a lei poderá retroceder, como, em igual medida, o poder de reforma, uma vez que a emenda à Constituição deve resguardar os direitos sociais já consagrados".

Assim sendo, a conclusão que se apura é que o princípio em comento decorre diretamente da ideia de que o Estado, após a implementação de determinado direito fundamental, não pode retroceder posteriormente. Ressalta-se que a existência de entendimentos doutrinários no sentido a supressão do direito propriamente dito não é

vedada, desde que haja a devida compensação com outros direitos da mesma magnitude e que não se consubstanciem em cláusulas pétreas, o que será posteriormente analisado.

3.1 Integração no Panorama Jurídico Brasileiro

O princípio da proibição do retrocesso social é matéria relativamente nova no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, muito embora, ao contrário da legislação portuguesa[1], não possa se verificar na Carta Constitucional a positivação do princípio em comento.

Tanto é assim que o eminente doutrinador, atual Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, alude a vedação do retrocesso como "uma ideia que começa a ganhar curso na doutrina constitucional brasileira" (BARROSO, 2006. p. 152).

A integração acima mencionada, entretanto, é a positivação do princípio na ordem constitucional brasileira tendo em vista que a vedação ao retrocesso social é princípio implícito da ordem jurídica brasileira.

Sarlet ensina que é a base principiológica decorrente do princípio do Estado democrático e social do direito, do princípio da dignidade da pessoa humana e da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais.

> Negar reconhecimento ao princípio da proibição de retrocesso significaria, em última análise, admitir que os órgãos legislativos (assim como o poder público de modo geral), a despeito de estarem inquestionavelmente vinculados aos direitos fundamentais e às normas constitucionais em geral, dispõem do poder de tomar livremente suas decisões mesmo em flagrante desrespeito à vontade expressa do Constituinte (SARLET, 2009, p. 447).

É que a máxima proteção aos direitos fundamentais impõe a sua proteção não apenas em face do legislador derivado, mas também contra o legislador ordinário e os demais órgãos estatais, uma vez que, sobretudo, o núcleo essencial do direito fundamental deve ser resguardado de influências externas.

1 A Constituição Portuguesa vigente dispõe de forma expressa acerca da vedação ao retrocesso social. Via de consequência, não há maiores digladiações atinentes ao seu reconhecimento, muito embora se dê com premissas diversas daquelas sustentadas anteriormente.

3.2 Impossibilidade de Adoção de uma Teoria Absoluta

Incontestável o efeito prático advindo de uma vedação ao retrocesso em matéria de direitos fundamentais, evitando que o ente estatal, através de forças políticas de interesses privados, venha a suprimir, diminuir ou obstar a fruição dos direitos até então consagrados. Contudo, é da própria noção de inexatidão do direito em si como ordenamento que decorre a sua mutabilidade, o que é essencial para que o ordenamento mantenha-se vivo e possa acompanhar a evolução social, sob pena de se tornar letra morta.

Neste viés, o princípio da vedação ao retrocesso não pode ser compreendido de forma absoluta, pois, em caso contrário, estaria colidindo frontalmente com a própria lógica e os princípios fundantes que regem o direito constitucional. Acatar esta tese seria o mesmo que impedir a possibilidade de revisão das políticas públicas por parte do ente estatal.

Por bem da verdade, José Afonso da Silva (2009, p. 181), através de uma análise da doutrina de Pontes de Miranda, faz a seguinte análise:

> Quanto ao caráter absoluto que se reconhecia neles [direitos fundamentais] no sentido de imutabilidade, não pode mais ser aceito desde que se entenda que tenham caráter histórico. Pontes de Miranda, contudo, sustenta que há direitos fundamentais absolutos e relativos. Os primeiros são os que existem não conforme os cria ou regula a lei, mas a despeito das leis que os pretendam modificar ou conceituar (assim: a liberdade pessoal, a inviolabilidade do domicílio ou da correspondência), enquanto os relativos existem, mas valem conforme a lei (assim: os direitos de contrato, de comércio e indústria e o direito de propriedade). É também inaceitável essa doutrina, posto que ela está fundamentada na conhecida opinião do autor sobre a existência de direitos fundamentais supra-estatais, o que não é muito diferente da posição jusnaturalista. Assim, absolutos seriam os supra-estatais, cuja validade, segundo o autor, independe de positivação interna constitucional, enquanto os relativos seriam aqueles que somente teriam validade se previstos no Direito Positivo interno. Se a questão, no entanto, fosse posta em termos de relação norma constitucional e conteúdo integral do direito previsto, ainda se poderia admitir a distinção. Assim, seriam direitos fundamentais absolutos aqueles cujo conteúdo e incidência decorressem diretamente das normas constitucionais que os estatuem, enquanto relativos seriam aqueles cujo conteúdo e incidência somente se preencheriam conforme previsão de lei.

O questionamento que desta explanação surge é até que ponto a vedação ao retrocesso impede a revisão estatal; até que ponto as cláusulas pétreas protegem os direitos fundamentais.

A primeira premissa a ser explicitada e aparentemente aderida pela doutrina é a de que as cláusulas pétreas não objetivam a proteção dos dispositivos constitucionais em si, mas sim a proteção dos princípios neles inseridos. Dessa forma, simples modificação dos enunciados constitucionais não é necessariamente inconstitucional (SARLET, 2009, p. 414).

Ademais, não são raras as situações em que as normas constitucionais apresentam efetivo descompasso com a realidade social, de forma que caso não haja a regulação ou devida adequação aos fatos supervenientes, pouco a pouco, o direito constitucional viria a se tornar obsoleto e não mais representar o reflexo do povo regente.

O julgamento em questão, inclusive, parece ter direta congruência com o pensamento de Ingo W. Sarlet (2009, p. 419), para quem a solução adequada para aferição do real alcance dos direitos fundamentais seria a correta exegese, de acordo com a evolução social, do estrito alcance dos limites materiais explícitos.

Em nosso pensar, a solução é casuística e subjetiva e parece ser a mais adequada para o assunto, tendo em vista que é uma tendência clara do direito o abandono de soluções dogmáticas com regras pré-definidas, aderindo a teses que privilegiam soluções apriorísticas. Aliás, neste mesmo sentido, a título ilustrativo, vê-se o crescimento no âmbito do direito privado, marcadamente no direito civil, das teses do diálogo das fontes e importada tese da *defeseability* do direito norte-americano, as quais nitidamente abandonam os métodos clássicos hermenêuticos.

Ademais, igualmente nos alinhamos a tese de que as cláusulas pétreas objetivam a proteção de dois pontos essenciais: a manutenção da identidade da Constituição e o núcleo essencial dos direitos fundamentais expressos e implicitamente previstos (SARLET, 2009, p. 417). E é justamente neste último ponto, na real extensão do núcleo essencial dos direitos consagrados constitucionalmente, que reside um dos maiores dilemas dos juristas contemporâneos.

3.3 Delimitação do Núcleo Essencial dos Direitos Fundamentais

Em suma, ao menos no sentido do que vem sendo defendido neste trabalho, o núcleo essencial de determinado direito fundamental parece ser o efetivamente protegido

pelas cláusulas pétreas previstas no artigo 60 da Constituição Republicana, sendo que seus pontos de contorno e, inclusive, a própria redação do dispositivo parece se alinhavar mais com as políticas públicas adotadas, o que provém mais de opções políticas, através de estratégias de governo, do que da implementação ou aniquilamento dos direitos propriamente ditos.

Neste sentido, Ingo W. Sarlet (2009, p. 404) afirma que o núcleo essencial de determinado direito é aquela parcela do conteúdo do direito, sem a qual ele perde a sua mínima eficácia, deixando de ser reconhecido como direito fundamental. Vai além: o mestre citado relata que o núcleo essencial não se dá precipuamente pelo fato de ser um conteúdo mínimo, mas sim aquela parcela do direito que está imune à atuação dos poderes, estando, entretanto, à disponibilidade dos particulares.

Isto posto, calha fazer a distinção entre as duas principais teorias que almejam delimitar a extensão do núcleo essencial dos direitos fundamentais: teoria absoluta, também chamada de teoria do núcleo duro; e a teoria do núcleo relativo.

A teoria absoluta do núcleo essencial afirma que o direito fundamental possui um núcleo previamente definido, não observando o processo de ponderação na sua definição. Assim o sendo, trata-se de solução apriorística, conferindo ao núcleo uma característica de imutabilidade, não contra efeitos externas ou contra a atividade legiferante, mas contra a própria regulação de sua extensão.

Por sua vez, a teoria relativa apresenta maior grau de flexibilidade, sendo que o núcleo essencial é obtido através de um processo de ponderação, muitas vezes analisado sob a ótica do caso posto em debate.

Em que pese não haja adesão expressa de Ingo W. Sarlet (2009, p. 419) entre uma ou outra teoria, pode-se observar uma nítida inclinação para a teoria relativa, tendo em vista que afirma, conforme anteriormente mencionado, que a correta exegese do alcance dos limites materiais implícitos (entendidos como as cláusulas pétreas) seria a solução para o real extensão destas cláusulas.

De todo modo, seja pela adoção de uma teoria ou outra, parece assente na doutrina e jurisprudência que o núcleo essencial é a parcela efetivamente imune à atividade legiferante. Observa-se, neste viés, que o Supremo Tribunal Federal agasalhou

expressamente a tese da intangibilidade do núcleo essencial na ADI 2024/DF, de relatoria do à época Ministro Sepúlveda Pertence, cuja ementa cumpre transcrever:

> [...] II. Previdência social (CF, art. 40, § 13, cf. EC 20/98): submissão dos ocupantes exclusivamente de cargos em comissão, assim como os de outro cargo temporário ou de emprego público ao regime geral da previdência social: argüição de inconstitucionalidade do preceito por tendente a abolir a "forma federativa do Estado" (CF, art. 60, § 4º, I): improcedência. 1. **A "forma federativa de Estado" - elevado a princípio intangível por todas as Constituições da República - não pode ser conceituada a partir de um modelo ideal e apriorístico de Federação, mas, sim, daquele que o constituinte originário concretamente adotou e, como o adotou, erigiu em limite material imposto às futuras emendas à Constituição; de resto as limitações materiais ao poder constituinte de reforma, que o art. 60, § 4º, da Lei Fundamental enumera, não significam a intangibilidade literal da respectiva disciplina na Constituição originária, mas apenas a proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos cuja preservação nelas se protege**. 2. À vista do modelo ainda acentuadamente centralizado do federalismo adotado pela versão originária da Constituição de 1988, o preceito questionado da EC 20/98 nem tende a aboli-lo, nem sequer a afetá-lo. [...] (ADI 2024, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, j. em 03/05/2007, p. em 22-06-2007, grifou-se)

Diante destas premissas, é incontestável que o direito constitucional não acoberta a imutabilidade absoluta dos direitos fundamentais, mas tão somente de seu núcleo essencial, o que é protegido pelos limites materiais explícitos. Logo, os pontos tangenciais a este poderiam ser objeto da atividade legislativa.

Contudo, há quem defenda, neste ponto, a possibilidade do núcleo essencial do direito fundamental, sendo estes os adeptos da tese da dupla revisão, a qual cumpre tecer breves explanações.

3.4 Tese da Dupla Revisão

A denominada tese da dupla revisão prevê a possibilidade de alteração das cláusulas pétreas, ao passo que, após alterados os limites materiais explícitos incidentes sobre determinado direito fundamental, seria possível alterar parcelas do direito que anteriormente eram consideradas como parte de seu núcleo essencial. Daí advém a dupla

revisão: primeiramente uma alteração das cláusulas pétreas para, somente após, alterar o direito fundamental propriamente dito.

Tal teoria, a nosso sentir, não parece merecer guarida, pois, neste caso, estar-se-ia concedendo possibilidade de modificação absoluta ao legislador derivado, o que vai de encontro à própria intenção do legislador originário de criar uma parcela imune à atuação estatal.

Calha, entretanto, transcrever a lição de Luis Roberto Barroso (2009, p. 183) sobre o assunto:

> Na medida em que as cláusulas pétreas representem o núcleo de identidade e a reserva moral de uma dada ordem constitucional, devem elas ser imunes à possibilidade de reforma. Se o poder constituinte derivado puder alterar as regras acerca do seu próprio exercício, ele se torna onipotente, convertendo-se indevidamente em originário. Alguns autores admitem a possibilidade de supressão das cláusulas pétreas desde que tal reforma seja levada à ratificação popular. É bem de ver, no entanto, que o referendo, para equiparar-se ao poder constituinte originário, exige elementos subjetivos e objetivo (v. supra). Se eles estiverem presentes, a reforma será legítima, não como obra do poder reformador, mas pela chancela do constituinte originário.

Assim, há de se observar que o doutrinador acima mencionado reconhece a possibilidade de alteração das cláusulas pétreas desde que seja ratificada pelo povo através de referendo. Tal situação, entretanto, a nosso pensar, possibilita que seja prevalecida a vontade da maioria em detrimento das minorias, o que vai de encontro à própria identidade da constituição.

Em contraponto à teoria da dupla revisão, sustenta-se a existência de limites materiais implícitos à atividade legislativa.

3.5 Limites Materiais Implícitos

A aqui então agasalhada tese de existência de limites materiais implícitos coaduna-se expressamente com a garantia de eficácia dos direitos fundamentais, pois não seria lícito ao legislador dispor, a seu bel prazer, dos direitos garantidos na Constituição. Pensar em sentido contrário, seria possibilitar a própria modificação do Estado de Direito,

possibilitando-se a mudança do regime federativo, republicano ou, ainda, da prevalência da democracia.

Isso porque, sobretudo, conforme doutrina de Ingo W. Sarlet, as cláusulas objetivam a garantia da manutenção da identidade da Constituição. Assim o sendo, as cláusulas pétreas igualmente estariam imunes à atuação estatal por se revelarem efetivas garantidoras dos direitos estruturantes do ordenamento jurídico.

Via de consequência, sustenta-se neste trabalho, tal como considerável parcela da doutrina brasileira, a existência tanto de limites materiais explícitos, esboçados nas cláusulas pétreas, quanto de limites materiais implícitos, o que garantiria a própria manutenção da identidade da Constituição, conforme expressão cunhada pelo doutrinador acima citado.

É que a vedação ao retrocesso está diretamente correlacionada com os princípios da segurança jurídica e da dignidade da pessoa humana, dos quais não se pode abrir mão.

3.6 Vedação ao Retrocesso como Corolário da Segurança Jurídica e da Dignidade da Pessoa Humana

Consoante o já exposto no tópico 2.1 deste trabalho, a vedação ao retrocesso encontra-se diretamente conectada ao princípio da dignidade da pessoa humana, sendo que, inclusive, é esta marcadamente a nota característica da definição do núcleo essencial dos direitos fundamentais no direito germânico.

A segurança deve ser interpretada numa acepção ainda mais ampla, no sentido de que deve ser garantido ao cidadão uma parcela mínima do direito consagrado no caso específico, diante de uma nítida adoção da teoria relativa do núcleo essencial dos direitos fundamentais.

É certo, entretanto, que como todo direito fundamental, a segurança jurídica não se reveste de caráter absoluto. Neste sentido, Ingo W. Sarlet (2009, p. 457) pontua:

> Nesse contexto, voltamos a frisar que um dos principais desafios a serem enfrentados também no âmbito da proibição de retrocesso é o da adequada hierarquização entre o direito e a segurança jurídica (que não possui – convém frisá-lo – uma dimensão puramente individual, já que constitui elemento nuclear da ordem objetiva de valores do Estado de Direito como

> tal) e a igualmente fundamental necessidade de, sempre em prol do interesse comunitário, proceder aos ajustes que comprovadamente se fizerem indispensáveis, já que a possibilidade de mudanças constitucionalmente legítimas e que correspondam às necessidades da sociedade como um todo (mas também para a pessoa individualmente considerada) carrega em si também um componente de segurança que não pode ser desconsiderado.

Do mesmo modo, a vedação ao retrocesso encontra-se diretamente relacionada ao fundamento da dignidade da pessoa humana, uma vez que este fundamento insculpido no art. 1º, III, da Carta Constitucional acaba, sob certo viés, a ponderar a própria extensão do núcleo essencial dos direitos fundamentais.

Sob este viés, Paulo Bonavides (2001, p. 231) expõe:

> A dignidade da pessoa humana desde muito deixou de ser exclusiva manifestação conceitual daquele direito natural metapositivo, cuja essência se buscava ora na razão divina ora na razão humana, consoante professavam em suas lições de teologia e filosofia os pensadores dos períodos clássico e medievo, para se converte, de último, numa proposição autônoma, do mais suvido teor axiológico, irremessivelmente presa à concretização constitucional dos direitos fundamentais.

Como fundamento que é, entretanto, não há de se olvidar, à medida que a sociedade como ente coletivo ganha novos contornos (inclusive, identificando-se de maneira diversa), essa impõe ao direito uma adaptação a sua realidade, o que desemboca, inevitavelmente, na reformulação do conceito e da abrangência dos conceitos jurídicos indeterminados, a exemplo da dignidade da pessoa humana.

4 Incidência da vedação de retrocesso dos direitos sociais

Em suma, a vedação ao retrocesso dispõe que o legislador, uma vez consagrado determinado direito social, não poderá eliminá-lo posteriormente. Contudo, casos em que a supressão do direito dá lugar a um direito igualmente benéfico ou ainda mais favorável ao jurisdicionado, o princípio deve ser observado de maneira temperada.

Diante desta premissa, apura-se verdadeira imposição de obrigação negativa por parte do legislador derivado, bem assim ao ente estatal na concretização de políticas públicas e efetivação dos direitos sociais constitucionalmente previstos.

Neste sentido, Canotilho transcreve que:

> [...] a partir do momento que o Estado cumpre (total ou parcialmente) as tarefas constitucionais impostas para realizar um direito social, o respeito constitucional deste deixa de consistir (ou deixa de consistir apenas) numa obrigação positiva, para se transformar ou passar também a ser uma obrigação negativa. O Estado, que estava obrigado a atuar para dar satisfação ao direito social, passa a estar obrigado a abster-se de atentar contra a realização dada ao direito social. (1997. p. 437)

Vale dizer, via de consequência, que ao legislador cabe a obrigação de editar leis que venham a efetivar a concretização dos direitos sociais, tanto no plano normativo quanto no fático.

Isso porque a supressão ora vedada atine-se não apenas à disciplina do direito em sentido estrito, resguardando igualmente a aplicação de seus efeitos. Sob esta ótica, eventual norma superveniente que suprima tão somente a eficácia de determinado direito social, tão somente por este fato a referida norma é inconstitucional, por atentar aos princípios basilares do estado de direito e dignidade da pessoa humana – princípios estes fundadores da vedação ao retrocesso.

Por consequência, o ente estatal vê-se obrigado em todos os seus âmbitos, desde seus órgãos e repartições de atribuições mais simples, a adotar medidas concretas na efetivação dos direitos sociais.

Ademais, Ingo W. Sarlet (2011, p. 454) sustenta que:

> [...] o que importa é a constatação de que os Direitos Fundamentais vinculam os órgãos administrativos em todas as suas formas de manifestação e atividades, na medida em que atuam no interesse público, no sentido de um guardião e gestor da coletividade.

De mais a mais, a proibição ao retrocesso liga-se à preservação da segurança jurídica, como é de sua própria essência. É que ao consagrar determinado direito social, espera o jurisdicionado a perpetuação do mesmo ou que sua supressão somente ocorra para conceder espaço a outro direito mais benéfico, mesmo porque, consoante leciona o doutrinador supracitado (SARLET, 2011, p. 590):

> O princípio da proteção da confiança, na condição de elemento nuclear do Estado de Direito (além da sua íntima conexão com a própria segurança jurídica) impõe ao poder público – inclusive (mas não exclusivamente) como exigência da boa-fé nas relações com os particulares – o respeito pela confiança depositada pelos indivíduos em relação a uma certa estabilidade e continuidade da ordem jurídica como um todo e das relações jurídicas especificamente consideradas.

Tal integração com o princípio da segurança jurídica, como princípio estrutural que é, decorre da própria lógica que rege o texto constitucional. Tal pensamento é obrigatório para todos os que adotam a teoria em questão, uma vez que os ditames constitucionais não devem ser analisados de outra forma se não de maneira sistemática.

Entretanto, tal raciocínio não pode impor ao Estado obrigações impossíveis como se fosse provedor universal de todas as necessidades, de forma que há verdadeiros limites na abrangência da vedação ao retrocesso, tal como a cláusula da reserva do possível, já aqui mencionada, até porque, pensamento contrário, engessaria a Constituição da República, o que caminharia em sentido avesso ao mutacionismo constitucional que hoje vem ganhando força no panorama jurídico nacional.

4.1 Limites e Abrangência

Sobretudo, prima a vedação ao retrocesso pela irredutibilidade dos direitos sociais, sendo passíveis em relação a modificações apenas quando estas vierem a aumentar o seu alcance ou a sua efetividade, até porque, se assim não fosse, consoante lição de Ingo W. Sarlet (2011, p. 592):

> Com efeito, sem que se vá aqui aprofundar as razões que vedam o reconhecimento de uma proibição de retrocesso com feições absolutas, ou seja, impeditivas de qualquer redução nos níveis de proteção social, importa destacar, em apertada síntese, que uma proibição absoluta não apenas implica a afetação substancial da necessária possibilidade de revisão que é peculiar à função legislativa, mas também desconsidera a indispensável possibilidade (e necessidade) de reavaliação global e permanente das metas da ação estatal e do próprio desempenho na consecução de tais metas, ou seja, a reavaliação mesmo dos meios utilizados para a realização dos fins estatais, com destaque para a efetivação dos direitos fundamentais.

Inclusive, tal situação coaduna-se com a própria natureza relativa os direitos fundamentais, tendo em vista que regularmente se depara o operador do direito com situações fáticas em que colidem direitos fundamentais, ocasião a qual diversas teorias vêm tentar regulamentar a antinomia constatada, sendo a teoria de ponderação de princípios uma das mais idealizadas.

Conforme doutrina de Uadi Lamego Bulos (2014, p. 533), os direitos e as garantias fundamentais são, em regra, relativos, salvo raríssimas exceções. Tal posicionamento foi inclusive corroborado pelo Supremo Tribunal Federal.

Cumpre salientar na esteira do doutrinador acima mencionado que inegavelmente há situações em que um direito ou garantia fundamental seja absoluto, como é o caso, por exemplo, da proibição à tortura ou tratamento desumano ou degradante. Entretanto, como a presente análise cinge-se na perspectiva dos direitos sociais, tal absolutismo, ao menos no plano fático, fica ainda mais prejudicado.

Posta tal premissa, pode-se sustentar com clareza que a vedação ao retrocesso não é absoluta. Muito pelo contrário, o princípio em questão ganha contornos diferentes quando se depara com a possibilidade de implementação de direitos e garantias sociais ainda mais favoráveis.

Tal análise, entretanto, não pode se desvincular do núcleo essencial afeto aos referidos direitos sociais. Assim o sendo, os direitos sociais permitem modificações, desde que preservem seu núcleo essencial e que as alterações, numa análise conglobada das mesmas, traga maiores benefícios e maior amplitude de eficácia dos direitos sociais.

Arremata a questão a doutrina de Ingo W. Sarlet (2011, p. 595):

> Neste contexto, a primeira noção a ser resgatada é a do núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais que estejam sendo objeto de alguma medida retrocessiva. Como já restou suficientemente destacado, o legislador (assim como o poder público em geral) não pode, uma vez concretizado determinado direito social no plano da legislação infraconstitucional, mesmo com efeitos meramente prospectivos, voltar atrás e, mediante uma supressão ou mesmo relativização (no sentido de uma restrição), afetar o núcleo essencial legislativamente concretizado de determinado direito social constitucionalmente assegurado. Assim, como já deflui do próprio texto, é em primeira linha o núcleo essencial dos direitos sociais que vincula o poder público no âmbito de uma proteção contra o retrocesso e que, portanto, encontra-se protegido.

O núcleo essencial, inclusive, encontra-se diretamente relacionado ao princípio da dignidade da pessoa humana, o que abrange de forma sistemática o conjunto das prestações materiais que asseguram a cada indivíduo uma vida com dignidade, que implica igualmente na garantia do mínimo existencial.

É essencial frisar ainda que o princípio em questão não impede que o legislador venha, fundamentado no interesse público, modificar provisoriamente o regime dos

direitos sociais. É que o retrocesso social, muito embora esteja diretamente fundado na segurança jurídica, igualmente não está imune à evolução social que permeia a sociedade, tendo em vista, sobretudo.

Assim o sendo, a manutenção dos direitos sociais não é absoluta, tendo em vista que deve ceder espaço para determinadas conquistas sociais, nas quais os direitos sociais anteriores podem não subsistir. Ressalta-se que neste caso não se trata de supressão do núcleo essencial, mas sim de sua remodulação sob uma ótica mais favorável ao jurisdicionado. Cumpre frisar este ponto: a modificação ou supressão, ainda que parcial, do direito social apenas é permitida quando vier a ceder espaço a uma disciplina mais favorável, através de uma análise conglobada das mesmas.

Tal normatização visa conferir eficácia ao princípio da máxima efetivação dos direitos fundamentais, de forma que a disciplina tanto constitucional quanto infraconstitucional deve sempre caminhar sob a ótica mais extensiva e protetiva dos direitos sociais. Trata-se de uma imposição do ordenamento jurídico, e não mera faculdade do legislador – ressalva-se a cláusula da reserva do possível tão somente ao que se correlaciona com a eficácia dos direitos sociais.

4.2 Utilização de Remédios Constitucionais

É cediço que a Constituição Republicana é dotada de mecanismos de garantia dos direitos fundamentais sociais, sendo aqueles instrumentos eficazes para a materialização de uma sociedade justa, igualitária e fraterna.

Pode-se dizer que as ações constitucionais, em especial, o mandado de segurança, afiguram-se como garantias constitucionais a ensejar a preservação do princípio da vedação ao retrocesso, se se entender que o direito líquido e certo garantido constitucionalmente restaria violado por lei infraconstitucional limitadora, além obviamente do abalo ao princípio da segurança jurídica.

Há de se lembrar ainda do controle de constitucionalidade uma vez que a supremacia da constituição sobre todo o ordenamento jurídico assegura essa proteção aos

direitos fundamentais nela consignados, funcionando como limite à discricionariedade do legislador, que não pode retroceder na concretização de determinado direito social.

Diante da violação ao princípio da proibição do retrocesso social, o controle de constitucionalidade se mostra instrumento hábil à efetiva concretização das normas constitucionais, ocasião em que o Poder Judiciário analisa a harmonia e compatibilidade vertical das normas com a Constituição Republicana (ação de inconstitucionalidade por ação) ou da ausência de normas por ela exigida (ação de inconstitucionalidade por omissão), expurgando qualquer lei ou ato contrário aos preceitos constitucionais.

4.3 Proibição do Retrocesso e o Princípio da Proporcionalidade

A proporcionalidade para Lenza (2014, p. 174) demanda o preenchimento de importantes elementos para a sua utilização: a necessidade, também denominada de exigibilidade, na qual aquela medida somente é utilizada caso seja indispensável para o caso concreto; a adequação, igualmente chamada de pertinência ou idoneidade, significando que o meio escolhido deve apto para atingir o fim almejado; e a proporcionalidade em sentido estrito, em que se verifica se uma efetiva relação de custo-benefício, vale dizer, se a restrição efetuada não é maior que os outros valores constitucionalizados, de forma que se pode falar, neste item, de "máxima efetividade e mínima restrição".

Não obstante haver certa abertura dentro da qual o legislador poderia limitar um direito social constitucionalmente outorgado, esta redução sempre deve satisfazer ao princípio da proporcionalidade em seu trinômio.

Contudo, a nosso sentir, ainda que tenha ficado claro no decorrer deste trabalho que as mudanças legislativas ou atos do poder executivo que não venham a afetar diretamente o núcleo essencial dos direitos fundamentais sejam lícitas *a priori*, é de se imaginar também que a margem de atuação do poder executivo e legislativo igualmente se encontram subordinados neste sentido ao princípio da proporcionalidade.

É que não basta que não atinja o núcleo essencial dos direitos fundamentais, sendo necessário também que sejam observados os pressupostos da proporcionalidade, verificando, no caso concreto, se a medida adotado é necessária para aquele determinado

objetivo, se ela é adequada para tanto, e ainda se promove uma relação de custo-benefício para a sociedade (entendida em sentido amplo).

Assim o sendo, a medida a ser adotada no caso concreto deve trazer um retorno para a sociedade em matéria de direitos sociais ainda que maior do que aquela supressão efetuada, sob pena de se tornar inconstitucional, pela afronta ao princípio da proporcionalidade, bem como todas as demais bases principiológicas já discorridas neste trabalho.

5 Considerações finais

Tratou-se do tema que, a despeito da potencial importância e repercussão que tem na jurisdição constitucional sobre os direitos sociais, ainda não foi alvo de um tratamento e discussão mais abrangentes na doutrina pátria. Tampouco tem sido discutido de forma ampla na jurisprudência.

Considerando tudo que foi exposto, aqui se concluiu pela viabilidade e, mais ainda, pela premente necessidade do reconhecimento de um princípio da proibição ao retrocesso dos direitos sociais no ordenamento jurídico brasileiro.

Porquanto o citado princípio não se acha previsto expressamente na Constituição Federal, seu reconhecimento impõe o ônus de extrai-lo das normas constitucionais por meio de uma interpretação e de argumentação sólida; valendo-se ainda de outros princípios constitucionais igualmente importantes.

Assim é que, diante de sua natureza principiológica aliado ao controle das leis por parte do Judiciário, a aplicação da proibição ao retrocesso social sempre dependerá de cotejamento entre outros princípios e normas; e cumpre ser materializada por meio de uma argumentação expressiva e bem elaborada, hábil a revelar, em grau de certeza, que o legislador infraconstitucional incidiu em retrocesso constitucionalmente vedado.

Ademais, ainda é pendente um enfrentamento direto pelo STF acerca do tema. Isto porque, por um viés, vem aumentado a produção doutrinária e acadêmica sobre o tema; de outro, grosso modo, o domínio da doutrina neoliberal somada à competição econômica mundial, a busca do lucro e da economia têm motivado o legislador a se posicionar de forma

a reduzir os direitos fundamentais sociais; muito embora se utilize o "relativizar" ou "flexibilizar" onde mais adequado seria empregar "suprimir"; o que, inevitavelmente, propiciará momentos em que se fará imprescindível a discussão da constitucionalidade de tais medidas.

Destarte, o reconhecimento da proibição ao retrocesso implica também na ideia de que não é dever do legislador revelar que o retrocesso é plausível. Em face da presunção relativa da constitucionalidade de uma lei, incumbe demonstrar cabalmente o retrocesso a quem o questiona e almeja com ele a invalidação da norma, fruto de uma escolha do legislador; pois, do contrário, essa lei é reputada válida.

Portanto, a conclusão que se extrai é pelo reconhecimento da proibição ao retrocesso social nos termos do exposto; ao tempo em que se pretende colaborar para uma discussão do princípio da proibição ao retrocesso social que amenize a omissão quanto a uma abordagem mais abrangente sobre o tema que vem imperando na doutrina e na jurisprudência.

6 Referências

ALMEIDA, Dayse Coelho de. apud LUÑO, Antonio Enrique Perez. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2005. Disponível em: < http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1387> Acesso em: 17 out. 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **Teoria Constitucional da Democrarcia Participativa (Por um Direito Constitucional de luta e resistência Por uma Nova Hermenêutica Por uma repolitização da legitimidade)**. São Paulo: Malheiros, 2001.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Traduzido por Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível: <http://www2.planalto.gov.br/acervo/constituicao-federal>. Acesso em: 12 de setembro de 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.185.474/SC, Segunda Turma. Julgado em 20/04/2010, publicado em 29/04/2010**. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201000486284&dt_publicacao=29/04/2010>. Acesso em 18 de janeiro de 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **STA nº 175 AGR, Tribunal Pleno. Julgado em 17/03/2010, publicado em 30/04/2010**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28STA%24%2ESCLA%2E+E+175%2ENUME%2E%29+OU+%28STA%2EACMS%2E+ADJ2+175%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bblsmom>. Acesso em 18 de janeiro de 2015.

BULOS, Uadi Lamego. **Curso de Direito Constitucional**. 8ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Lisboa: Almedina, 2003.

HOLTH, Leo Van. **Direito Constitucional**. 5ª Ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2009.

LEITE, Harrison. **Manual de Direito Financeiro.** 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2014.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 18 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2014.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses Difusos: Conceito e Legitimação para Agir**. 8ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 30 ed. rev. e atual. até a EC n° 76/13. São Paulo: Atlas, 2014.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 9. ed. São Paulo: Método, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 10ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, Roberto Baptista Dias da. **Manual de Direito Constitucional**. Barueri: Manole, 2007.

O PROCESSO DE INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E A MODERNA IDEIA DE SOBERANIA

Édio Ribeiro Rosa[*]

Palavras-chave: soberania; direitos humanos; internacionalização; teoria geral do Estado.

Resumo: O processo de internacionalização dos direitos humanos teve início logo após o término da segunda guerra mundial, acarretando mudanças substanciais na forma como a comunidade internacional vinha lidando com o direito que, após ter fracassado em conter as mais horrendas ações humanas, renasce dos escombros resgatando valores jusnaturalistas que estavam suprimidos pelo positivismo jurídico. É sobre esse pano de fundo marcado pelos desafios encontrados para a efetivação dos direitos humanos que esse trabalho foi desenvolvido. Para tanto, foi realizada pesquisa bibliográfica a fim de se encontrar respostas ao problema que se propõe a respeito da moderna soberania dos Estados. Dessa forma, como se verá ao longo dessas linhas, aquela vetusta ideia de soberania como um poder absoluto e perpétuo que não poderia ser contestado por nenhum outro, passou a encontrar no muro do direito internacional dos direitos humanos óbice formatador de seu alcance.

Keywords: sovereignty; human rights; internacionalization; general theory of the state.

Abstract: The human rights internationalization process began soon after the end of World War II, leading to substantial changes in the way the international community was dealing with the right which, having failed to contain the most horrendous human actions, reborn from the rubble rescuing natural law values that were suppressed by legal positivism. It is against this backdrop marked by challenges found there for the realization of human rights that this work was developed. Therefore, literature search was conducted in order to find answers to the problem it purports to respect the sovereignty of modern States, therefore, as will be seen along these lines, that very old idea of sovereignty as an absolute and perpetual power not could be challenged by any other, he went on to found the wall of international law of human rights obstacle formatter of reach.

[*] Acadêmico de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso (UFMT).

1 Introdução

O conceito clássico de soberania, que a definia como um poder supremo e perpétuo contra o qual nenhum outro poderia opor-se, sofreu, ao longo de pouco mais de seis décadas, salutar transformação. Essa mudança teve início no pós-segunda guerra mundial, pois como aponta Francisco Rezek, "até a fundação das Nações Unidas, em 1945, não era seguro afirmar que houvesse, em direito internacional público, preocupação consciente e organizada sobre o tema dos direitos humanos". (REZEK, 2014, p. 260).

Em função dessa omissão do direito internacional público em relação dos direitos humanos, levada ao ápice quando dos nefastos atos cometidos na segunda guerra, surge a necessidade de uma reformulação do direito. O positivismo normativo havia demonstrado suas falhas e isso era evidente diante daquilo que denominavam campos de concentração nazistas.

Assim, calcado nessa nova mentalidade jurídica internacional, o processo de internacionalização dos Direito Humanos busca a criação de instrumentos jurídicos hábeis a assegurar a proteção e garantia dos Direitos Humanos de maneira universal, com esse fim, em 10 de dezembro de 1948, três anos após a criação das Nações Unidas, aclamou-se pela Assembleia Geral, a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

A Declaração, bem a frente de seu tempo, continha normas substantivas que além de tratar de direitos civis e políticos, também versavam sobre os direitos econômicos, sociais e culturais.

Após 1948, foram criados tratados internacionais no sentido de ampliar substancialmente o grau de proteção aos direitos humanos, sendo que uma vez ratificado, o Tratado incorpora-se ao ordenamento jurídico do país signatário que obrigatoriamente deverá observá-lo sob pena de sofrer sanções.

Assim, o novo conceito de poder soberano do Estado aos poucos foi sendo mitigado pelo processo de internacionalização dos Direitos Humanos, fazendo-se necessária a

reflexão acerca da possibilidade de uma interferência externa nesse que era, até então, um poder absoluto que decidia em último grau sobre a validade das normas no âmbito de sua jurisdição.

2 O surgimento do conceito clássico de soberania

A soberania, na sua mais pura definição, surgiu num dado momento histórico, mais precisamente no século XVI, na obra intitulada de "*Les Six Livres de La République"*, de autoria do francês Jean Bodin. O capítulo VIII do livro I dedicava-se completamente ao conceito de soberania, segundo Bodin, "A soberania é o poder absoluto e perpétuo de uma República" (apud DALLARI, 1998, p. 33).

Quando Bodin aponta que a soberania é um poder absoluto e perpétuo, primeiro pretende dizer que ela é um poder ilimitado, incontestável, contra o qual nenhum outro poderia opor-se. Segundo, que nenhum homem pode medi-lo ou reduzi-lo, de forma que o poder soberano é, assim, infindável, supremo, devendo por isso ser respeitado por todos os súditos pertencentes ao Estado. Esse poder Também é imprescritível, pois não se perde ou divaga no tempo. Entretanto, ao final de sua obra prima, Bodin conclui que existe uma lei sob a qual o poder soberano deve se envergar, que é a lei divina, pois a ela todos os homens estão sujeitos, não sendo de bom alvitre eles se rebelarem contra os desígnios de Deus.

Mais tarde, já no século XVIII, Rousseau publica "O contrato social", obra que acentua ainda mais a definição de soberania, para este autor a soberania também é inalienável, vez que só pode ser conduzida pela força da vontade geral do Estado dirigida ao fim de sua instituição, vale dizer, o bem comum. Tal poder deve ser exercido pelo soberano, que nada mais é do que um ser coletivo que atua na vontade do povo. O filósofo aponta ainda que a soberania é indivisível, e o faz pelos mesmos motivos que se relacionam à sua inalienabilidade, afinal, segundo ele, é a vontade geral declarada que constitui um ato de soberania, de modo que a falta de tal pressuposto resulta num mero ato de vontade particular, não passando de um reles decreto. (2001, e-book, p. 36 e 38).

Cerca de cem anos depois, já no inicio do século XIX, o conceito de soberania ora delineado por teóricos da envergadura de Bodin e Rousseau ganha ainda mais força, e isso

ocorre devido às grandes potências da época que, impulsionadas pela busca de novos territórios, necessitavam de fundamentos que sustentassem sua imunidade perante quaisquer limitações jurídicas. Todavia, como afirma Dalmo de Abreu Dallari:

> A partir da metade do século, vai surgir na Alemanha a teoria da personalidade jurídica do Estado, que acabará sendo apontado como o verdadeiro titular da soberania. E já neste século, aperfeiçoada a doutrina jurídica do Estado, a soberania passa a ser indicada como uma de suas notas características, colocando-se entre os temas fundamentais do direito público, desenvolvendo-se uma completa teoria jurídica da soberania. Essa construção teórica teve um desenvolvimento gradativo, sendo necessária a fixação de várias posições, correspondentes a diversas épocas ou a diferentes pontos de vista, para se apreender o seu conjunto. (1998, p.32).

Nesse sentido, para Kelsen "a soberania não pode ser compreendida como o poder propriamente dito do Estado, pois esse constitui-se na validade e na eficácia da ordem jurídica nacional, sendo a soberania, assim, uma qualidade do poder estatal ou expressão da unidade de uma ordem". (2000, p.365).

Já, para Miguel Reale, "a soberania é o poder que tem uma nação de organizar-se juridicamente e de fazer valer dentro de seu território a unidade de suas decisões nos limites dos fins éticos de convivência". (2000, p.140)

Notadamente, o conceito de soberania criado a partir do século XVI pelas mãos de grandes filósofos políticos foi um marco para o que hoje se denomina teoria geral do Estado, afinal, foi naquele período marcado pelo amadurecimento da ideia de poder absoluto, que surgiu uma consciência acerca da oposição entre o poder do Estado e outros poderes.

3 Uma breve genealogia do direito internacional dos direitos humanos e o marco do pós-segunda guerra

Malgrado o grande marco histórico do surgimento direito internacional dos direitos humanos seja a segunda guerra mundial, pode-se verificar, de uma breve análise histórica que, antes dela, já havia um incipiente sistema de proteção aos direitos humanos, podendo-se apontar como antecedentes a Liga das Nações e a Organização Internacional do Trabalho.

A Liga das Nações foi criada logo após o fim da primeira guerra mundial (1914-1918), ela tinha o propósito de promover uma maior cooperação entre os seus membros, de modo a garantir a paz e a segurança internacional. A convenção da Liga das Nações, de 1920, tinha disposições genéricas relativas aos direitos humanos, como o *mandate system of the League,* bem como ao sistema das minorias e parâmetros internacionais do direito ao trabalho.

No mesmo passo, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) foi criada em 1919 com a finalidade de promover a paz e a justiça social, sendo a melhoria das condições de trabalho seu maior enfoque, estabelecendo premissas básicas relacionadas à proteção do trabalhador à moléstias advindas do ambiente laboral, à fixação de uma duração máxima da jornada diária e semanal de trabalho, bem como à luta contra o desemprego.

A contribuição desses antecedentes históricos para o processo de internacionalização dos direitos humanos foi deveras importante, em que pese o fato de uma maior proteção aos direitos humanos ter começado a surgir e a emergir para a esfera internacional, disseminando-se para além dos limites territoriais dos Estados, o que, diga-se de passagem, ocasionou os primeiros abalos na ideia clássica de soberania, na medida em que a garantia dos direitos da pessoa humana, alimentada em razão desse limiar do processo internacionalizador dos direitos humanos, ameaçava a autonomia dos Estados em impor suas normas domésticas, notadamente àquelas que desrespeitavam claramente os direitos humanos.

Contudo, esse processo transformador não conseguiu evitar a maior catástrofe do século XX, afinal, a segunda guerra mundial foi o período em que o mundo sentiu os abalos da maior hecatombe humana já registrada, que durou de 1939 a 1945 e causou cerca de 50 milhões de mortes. Dentre os seus horrores, o holocausto de Judeus talvez tenha sido o mais funesto, tal foi perpetrado pelos nazistas que, alimentados por um obscuro ódio racial, buscavam incessantemente a supremacia da raça ariana, que acreditavam ser superior às demais.

Após o fim da guerra começou-se a contabilizar o prejuízo causado, composto pelos milhares de mortos, pelas destruições causadas pelo uso da bomba atômica, pelo abalo econômico de efeitos catastróficos, enfim, por todas as conturbações deflagradas pelo estopim da mediocridade humana. Era hora então de começar a reconstruir tudo o que

havia se perdido, de refazer o que fora extirpado pela perturbada irracionalidade de alguns homens, a começar pelo Direito, que clamava por uma reforma.

É nesse momento que o processo de internacionalização dos direitos humanos implementa-se de vez no cenário jurídico internacional, já que várias Nações tomam a percepção de que a proteção aos direitos humanos não é apenas matéria de ordem doméstica, mas também de interesse internacional, visto que sua importância não se cinge somente aos interesses dos Estados singularmente considerados, mas a toda a comunidade internacional, como bem observa Flávia Piovesan citando B.Bilder:

> O movimento do direito internacional dos direitos humanos é baseado na concepção de que toda nação tem a obrigação de respeitar os direitos humanos de seus cidadãos e de que todas as nações e a comunidade internacional têm o direito e a responsabilidade de protestar, se um Estado não cumprir suas obrigações o Direito Internacional dos Direitos Humanos consiste em um sistema de normas internacionais, procedimentos e instituições desenvolvidas para implementar esta concepção e promover o respeito dos direitos humanos em todos os países no âmbito mundial (...) Embora a ideia de que os seres humanos têm direitos e liberdades fundamentais que lhes são inerentes tenha há muito tempo surgido no pensamento humano, a concepção de que os direitos humanos são objeto próprio de uma regulação internacional, por sua vez, é bastante recente (...) Muitos dos direitos que hoje constam do 'Direito Internacional dos Direitos Humanos' surgiram apenas em 1945, quando, com as implicações do holocausto e de outras violações de direitos humanos cometidas pelo nazismo, as nações do mundo decidiram que a promoção de direitos humanos e liberdades fundamentais deve ser um dos principais propósitos da Organizações das Nações Unidas.(2009, p. 4).

O direito pós-segunda guerra mundial entra então num processo de reconstrução, no qual os seus alicerces fundam-se em preceitos advindos do até então esquecido jusnaturalismo, no intuito de conceber uma nova ordem jurídica de caráter humanista, tendo como vórtice alguns princípios imutáveis e atemporais do direito natural e colocando a dignidade humana no centro desse sistema de garantias jurídicas, busca-se, pois, nesse momento histórico, uma leitura moral do direito, porém sem recorrer a categorias metafísicas.

Evidentemente que tal mudança de paradigma não se deu em curto prazo de tempo, afinal, foi ao longo de mais de seis décadas após a segunda grande guerra que essa nova mentalidade jurídica se desenvolveu. Nesse período foi de grande importância a

criação da Organização das Nações Unidas (ONU) em 1945 e a Declaração Universal Dos Direitos Humanos (DUDH) em 1948.

A primeira revela-se como marco para a proteção dos direitos humanos porque vem trazer, através de um documento específico, a Carta da ONU de 1945, normas visando o estabelecimento de uma solidariedade entre os Estados em prol das garantias dos direitos individuais, sociais, econômicos e culturais, bem como a manutenção da segurança e paz internacional, como afirma Flavia Piovesan:

> A criação das Nações Unidas, com suas agências especializadas, demarca o surgimento de uma nova ordem internacional, que instaura um novo modelo de conduta nas relações internacionais, com preocupações que incluem a manutenção da paz e segurança internacional, o desenvolvimento de relações amistosas entre os Estados, a adoção da cooperação internacional no plano econômico, social e cultural, a adoção de um padrão internacional de saúde, a proteção ao meio ambiente, a criação de uma nova ordem econômica internacional dos direitos humanos (2013, p. 198).

Nesse mesmo passo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris em 10 de Dezembro de 1948, trouxe em seu bojo uma gama significativa de direitos. Seu arcabouço normativo prevê a toda pessoa humana o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à educação, dentre outros. Dá-se, através da DUDH, a introdução da concepção contemporânea de direitos humanos, fundada nos princípios da universalidade e da indivisibilidade, onde o primeiro diz respeito à titularidade desses direitos, que se perfaz simplesmente pela condição humana inerente à pessoa. O segundo princípio refere-se à conjugação que a DUDH confere aos direitos civis e políticos ao lado dos direitos econômicos, sociais e culturais, colocando-os numa unidade indivisível de modo interdependente, de modo que sem direitos econômicos, sociais e culturais, os direitos civis e políticos tornam-se inférteis, reduzindo-se a meras categorias formais.

4 A nova mentalidade jurídica internacional e a consequente relativização da ideia clássica de soberania

Após a Carta das Nações Unidas e a Declaração Internacional dos Direitos Humanos, aos poucos, foram sendo criados tratados internacionais de Direitos Humanos para dar continuidade e ampliar o grau de proteção aos direitos humanos. Assim, uma vez ratificado, o tratado incorpora-se ao ordenamento jurídico do país signatário, o qual, obrigatoriamente deverá cumpri-lo sob o risco de sofrer as devidas recomendações e demais medidas nele previstas.

Denota-se do direito Internacional dos Direitos Humanos uma complexa tentativa jurídico-política de harmonizar o conjunto de tratados internacionais de direitos humanos ao modo de expressão de uma qualidade do poder estatal, aqui denominada soberania, segundo Hans Kelsen:

> O fato de a soberania do Estado não ser limitada por qualquer Direito internacional situado acima dele é perfeitamente conciliável com o fato de um Estado, pela circunstância de, por força da sua soberania, reconhecer o Direito internacional e, assim, o tornar parte constitutiva da ordem jurídica estadual, limitar ele próprio a sua soberania, ou seja, neste caso, a sua liberdade de ação, assumindo as obrigações estatuídas pelo Direito internacional geral e pelos tratados por ele concluídos (2012, p. 382).

Para o pai da escola de Viena, num teor estritamente normativo, é absolutamente viável uma convivência harmônica entre uma norma criada por um tratado internacional e a soberania, na medida em que para esse notável jurista, o ato de um Estado reconhecer o direito internacional e aderir a um tratado, constitui-se como expressão de sua soberania interna, vez que ele próprio é quem limita sua liberdade de ação vinculando-se as obrigações instituídas no acordo.

Contudo, o autor aponta ser impossível deduzir uma resposta sobre até que ponto um governo poderia limitar a liberdade de ação do Estado, explicando que essa seria uma questão política.

Todavia, não obstante a possiblidade que têm os Estados de tomarem a liberdade de ratificarem ou não tratados ou convenções internacionais de direitos humanos, há de se levar em conta, como já vislumbrado por Kelsen, as questões políticas envolvidas. Afinal, poderia um Estado isolar-se dos demais a fim de exercer sua soberania de forma plena?

A resposta a esta questão não nos leva a outro caminho senão ao da flexibilização da ideia de soberania num âmbito macro, o qual reflete uma ordem comunitária internacional amarrada por interesses políticos e econômicos em que a adesão aos tratados

internacionais de Direitos Humanos perpassa e muito o plano jurídico, demonstrando que essa "liberdade" de assinar um tratado se sujeita a pressões externas de toda sorte. Vale lembrar também que sua principal obra, "Reine Rechtslehre" (Teoria Pura do Direito), que aborda em seu capítulo VII o Estado e o Direito Internacional, foi escrita em 1934, período em que ainda não se tinha a dimensão dos malefícios que o positivismo normativo poderia acarretar.

Assim, sem embargo do pensamento Kelseniano, pode-se dizer que a soberania foi aos poucos sendo relativizada, passando a doutrina a não considerar mais os Estados como os únicos sujeitos de direito internacional público, sendo que com o novo caráter dado à ordem jurídica pós-segunda guerra, precipuamente aos direitos naturais inerentes à pessoa humana, fez-se necessária nova reflexão acerca da soberania de um Estado, com vistas a conceber a possibilidade de uma interferência externa nesse que era até então, um poder absoluto que decidia em último grau sobre a validade das normas no âmbito de sua jurisdição.

Com isso, observe-se que foi a partir do surgimento direito internacional dos direitos humanos e da percepção de que a dignidade da pessoa humana carecia de um resguardo mais amplo, disseminado no seio da comunidade internacional, bem como de um meio eficaz para assegurar essa mesma proteção no plano interno dos Estados, que se teve, aos poucos, o esfacelamento do velho conceito de soberania, tendo a doutrina, a partir daí, iniciado a árdua tarefa de reformula-lo, como ressalta Valerio de Oliveira Mazzuoli:

> Assim, a verdadeira soberania deveria consistir numa cooperação internacional dos Estados em prol de finalidades comuns. Um novo conceito de soberania, afastada sua noção tradicional, aponta para a existência de um Estado não isolado, mas incluso numa comunidade e num sistema internacional como um todo. A participação dos Estados na comunidade internacional, seguindo-se essa nova trilha, em matéria de proteção internacional dos direitos humanos, esta sim seria, sobretudo um ato de soberania por excelência (2002, p. 173).

Dentro dessa nova conjuntura jurídica acerca da soberania, ressalta-se a importância do Pacto Internacional de Direito Civis e Políticos aprovado no ano de 1996 pela Assembleia Geral das Nações Unidas, mas que só entrou em vigor em 1976, em razão de somente nesse ano ter alcançado o número de ratificações suficientes para tanto, em

dezembro de 2012 o pacto já contava com 75 Estados-partes. Nesse sentido Flávia Piovesan afirma que:

> O pacto dos Direitos Civis e Políticos proclama, em seus primeiros artigos, o dever dos Estados-partes de assegurar os direitos nele elencados a todos os indivíduos que estejam sob sua jurisdição, adotando medidas necessárias para esse fim. A obrigação do Estado inclui também o dever de proteger os indivíduos contra a violação de seus direitos perpetrada por entes privados. Isto é, cabe ao Estado-parte estabelecer um sistema legal capaz de responder com eficácia às violações de direitos civis e políticos. As obrigações dos Estados-partes são tanto de natureza negativa (ex: não torturar) como positiva (ex: prover um sistema legal capaz de responder às violações de direitos). Ao impor aos Estados-partes a obrigação imediata de respeitar e assegurar os direitos nele previstos – diversamente do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que, como se verá, requer a "progressiva" implementação dos direitos nele reconhecidos -, o Pacto dos Direitos Civis e Políticos apresenta auto-aplicabilidade (2013, p. 235).

Verifica-se no Pacto uma maior amplitude de garantias aos direitos humanos, como por exemplo, o direito a autodeterminação (art.1°), o direito de não ser preso em razão de descumprimento de obrigação contratual (art. 11) e o direito da criança ao nome e à nacionalidade (art. 24), além de outras garantias como a vedação à pena de morte, instituída pelo Segundo Protocolo ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos na data de 15 de dezembro de 1989, que estabelece que cada Estado-Parte deverá adotar todas as medidas necessárias a abolir a pena de morte em sua jurisdição.

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos traça o perfil de um novo período na busca pela tutela dos direitos humanos, pois, muito além de prever direitos, estabelece mecanismos próprios de monitoramento para sua garantia, tais como o sistema de envio de relatórios pelos Estados-partes das informações acerca das medidas por eles tomadas para assegurar os direitos reconhecidos no Pacto, conforme o disposto em seu artigo 40. Nesse mesmo sentido, o Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos que adiciona o mecanismo das petições individuais, endereçadas ao Comitê de Direitos Humanos, instituído pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos. Entretanto, ressalte-se que essas petições só são admitidas se o Estado transgressor tiver ratificado o Pacto.

Tanto o mecanismo de relatórios como o de petições individuais, atendidos todos os seus tramites conforme o estabelecido no Pacto e se acionado devidamente, podem

acarretar uma decisão de recomendação proferida pelo Comitê de Direito Humanos, tal decisão, porém, não tem caráter sancionador, tampouco obrigacional para forçar o Estado violador a cumprir o estabelecido.

Todavia, uma decisão do Comitê de Direito Humanos que sinaliza a inobservância ou afronta dos direitos assegurados pelo Pacto não é de todo inócua como possa parecer, isso porque as consequências do descumprimento de uma decisão nesse sentido podem ser sobremaneira perniciosas para as boas relações políticas e econômicas do Estado transgressor, na medida em que a pressão externa por parte da comunidade internacional, sobretudo da ONU, pode gerar situações embaraçosas e constrangedoras acarretando-lhe prejuízos indesejados.

5 Intervenção humanitária, soberania e dignidade humana, uma questão de legitimidade

Não obstante ser o princípio da não-intervenção a regra que permeia o Direito Internacional, conforme se pode verificar também de nossa Constituição Federal, que em seu artigo 4°, inciso IV, dispõe que a não-intervenção é um dos princípios que regem a República Federativa do Brasil, situações existem, como já demonstrado até aqui, em que a soberania de um Estado pode ser flexibilizada. Sendo assim, o exemplo mais contundente a respeito desse ponto é o da intervenção humanitária. Ela ocorre no momento em que um ou mais Estados interferem nos assuntos internos de outro Estado para impor sua vontade, trata-se de ação de polícia internacional que busca o reestabelecimento da paz e da segurança internacionais.

O uso desse poderoso instrumento fica a cargo do Conselho de segurança da ONU que, dentre os órgãos que compõe as Nações Unidas, é aquele que tem a incumbência de garantir a paz e segurança internacionais, e conforme as disposições constantes do capítulo VII da Carta das Nações Unidas é quem determinará a existência de qualquer ameaça à paz, ruptura da paz ou ato de agressão e fará recomendações ou decidirá que medidas deverão ser tomadas de acordo com os artigos 41 e 42, a fim de manter ou restabelecer a paz e a segurança internacional.

Mostra-se a intervenção humanitária como um ponto de referência no que tange a mudança de paradigma ocorrida em relação à temática dos Direitos Humanos, tal mecanismo rompeu com a conotação absoluta que a ideia de soberania até então representava, refletindo a solidez dos pensamentos éticos que surgiam naquele exato momento, revelando, assim, que os Estados necessitariam adequar-se aos preceitos referentes aos Direitos Humanos e a boa convivência com a comunidade internacional, do contrário, estariam eles passíveis de intervenção, como explica o Professor Saulo Tarso Rodrigues:

> Durante o período em que vigorou a sociedade internacional moderna, o princípio da soberania clássica, firmada por Bodin, determinou o confinamento dos direitos humanos como assuntos exclusivos dos Estados nacionais, não permitindo que fossem tratados como assuntos de importância para a sociedade internacional e, portanto, pelo Direito Internacional Público. No entanto, a história nos mostrou que esta orientação entrou em uma nova perspectiva, tornando os Direitos Humanos e, portanto, os Indivíduos como sujeitos da tutela internacional. Esta orientação foi determinada pela codificação e universalização dos direitos de cidadania, ocorrida pelo surgimento da ONU, e pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que estabeleceu o marco ético-jurídico para que novos mecanismos fossem impostos como forma de implementação e efetivação dos direitos humanos no plano internacional. É nesse ponto que surge a prática da Intervenção Humanitária como forma de proteção e tutela dos direitos dos indivíduos frente aos Estados soberanos, visto que foi somente após a internacionalização dos direitos humanos que estes se tornaram sujeitos de tutela, e com isso, passou a ser considerado legítimo o desrespeito à soberania do Estado a fim de tutelá-los. Com estes novos padrões universais pode-se dizer que o século XX presenciou, com o surgimento da ONU, um novo padrão de princípios éticos, elevando os direitos dos indivíduos frente aos Estados nacionais como fonte legítima e legal de tutela pelo Direito Internacional Público (2006, p.108).

É de se salientar que a intervenção só ocorrerá nos casos de ameaça à paz ou à segurança internacional, o procedimento disposto no capítulo VII da Carta das Nações Unidas possibilita ao Conselho de Segurança instar as partes interessadas a aceitar as medidas provisórias que lhe pareçam necessárias ou aconselháveis tais como a interrupção completa ou parcial das relações econômicas, dos meios de comunicação ferroviários, marítimos, aéreos, postais, telegráficos, radioelétricos, ou de outra espécie, e o rompimento das relações diplomáticas. Só posteriormente a verificação da inadequação dessas medidas é que o Conselho de Segurança poderá levar a efeito, por meio de forças aéreas, navais ou

terrestres, a ação que julgar necessária para manter ou restabelecer a paz e a segurança internacionais. A ação poderá compreender demonstrações, bloqueios e outras operações, por parte das forças áreas, navais ou terrestres dos membros das Nações Unidas.

É precisamente nesse ponto que exsurge o que poderíamos chamar de grande imbróglio entre a soberania dos Estados e a necessidade de garantir a observância dos tratados e convenções de direito humanos, dessa forma, num primeiro momento há de se levar em conta o princípio da não intervenção nas atividades dos Estados, como corolário da Soberania e das relações paritárias entre os Estados. Esse princípio acaba colidindo com o princípio da dignidade da pessoa humana quando da possibilidade de intervenção humanitária, como aponta Saulo Tarso Rodrigues:

> Mesmo sendo o princípio da soberania determinado juridicamente na sociedade internacional, com a emergência deste novo princípio constitucional do Direito Internacional Público – proteção internacional da dignidade humana – o que tem determinado é a erosão do princípio da soberania estatal, visto que a prática internacional tem atuado no sentido de rejeitar uma autointerpretação pelos Estados nacionais da cláusula do domínio reservado, reforçando, ao contrário, a legitimidade da interpretação desta matéria pela sociedade internacional (2006, p. 112).

O choque entre o principio da dignidade da pessoa humana e o princípio da não intervenção causa grande tensão nas relações internacionais do pós-guerra, sobretudo pelo fato de os dois estarem previstos em tratados internacionais, porém, nota-se que a ideia de igualdade soberana dos Estados vem sendo gradativamente relativizada em prol das medidas coercitivas que podem ser tomadas nos casos de ameaça a paz ou à segurança internacional, essa mudança por que sofre a soberania evidencia a supremacia dos direitos humanos, como aduz Valerio de Oliveira Mazzuoli:

> No cenário internacional de proteção, os Estados perdem a discricionariedade de, internamente, a seu alvedrio e a seu talante, fazer ou deixar de fazer o que bem lhes convier. Nesse contexto é que devem os Estados-partes, num tratado internacional, cumprir todo o acordado, sem objetar disposições de seu direito interno como justificativa para o não cumprimento do que foi pactuado. Há, pois, nesse cenário de proteção dos direitos humanos, um enfraquecimento da noção da não interferência internacional em assuntos internos (Carta das Nações Unidas, art. 2º, alínea "7"), flexibilizando, senão abolindo, a própria noção de soberania absoluta (2002, p.173).

Por não terem regulamentação jurídica específica, as intervenções humanitárias são pautadas pela ideia de legitimidade, isso ocorre porque os direitos humanos foram alçados a um patamar universal, e assim, sua violação, por uma interpretação analógica, revela-se como uma afronta à paz e a segurança internacional, devendo ser coibida. A intervenção é medida fundamentada na legitimidade que tem a ONU, por meio do Conselho de Segurança, de intervir no plano interno de um Estado utilizando-se das medidas cabíveis, inclusive a força, com a finalidade de garantir a efetivação dos direitos contidos no pacto, notadamente, dos direitos humanos.

Acontece que o artigo 39 da Carta das Nações Unidas tem redação vaga e imprecisa, de modo que dá margem a discussão sobre quais seriam os pressupostos para que a intervenção fosse realizada, pois o dispositivo diz que o Conselho de Segurança determinará a existência de qualquer ameaça à paz, ruptura da paz ou ato de agressão e fará recomendações ou decidirá que medidas deverão ser tomadas de acordo com os artigos 41 e 42, a fim de manter ou restabelecer a paz e segurança internacionais. Verifica-se a existência de uma grande margem de discricionariedade nesse texto, a começar pelo termo "determinará" que dá a ideia de uma decisão constitutiva do Conselho definindo no plano fático o que seria uma "ameaça à paz, ruptura da paz ou ato de agressão".

O artigo 39, de fato, abre brechas para argumentos que tentam apontar a falta de legitimidade da ONU quando das medidas de intervenção humanitária, em que pese a tomada de algumas medidas intervencionistas que aparentam, sob uma ótica racional e empírica, ter cunho eminentemente político ou econômico.

É de todo evidente que tal mecanismo representa a pedra de toque acerca da ideia de soberania do Estado, pois atinge o seio da problemática, afinal, seria a intervenção humanitária um instrumento legítimo para a consecução dos fins humanísticos a que se propunha? Se sim, até que ponto a intervenção humanitária tem sido realmente "humanitária"? Ou então, estaria a intervenção humanitária sendo utilizada para fins obscuros, nefastos? São esses questionamentos que acabam por criar algumas divergências entre os Internacionalistas e fazem pairar dúvidas a respeito do tão discutido caráter ambíguo ou instrumental dos direitos humanos, como bem explicitado por Francisco Rezek, o processo de internacionalização dos direitos humanos deve ser analisado sob uma ótica

crítica, indagando-se a todo o momento sobre os fins ocultos que podem estar sendo buscados sob o manto da efetivação dos Direitos Humanos (informação verbal)[1].

Contudo, não obstante as críticas quanto à legitimidade de algumas intervenções humanitárias realizadas pelo Conselho de Segurança da ONU, é sólida a perspectiva em torno da nova ordem jurídica internacional, na qual os Estados têm procurado se adequar aos ditames dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos abrindo mão, pelo menos em parte, do caráter absoluto de sua soberania.

6 Considerações finais

Diante das reflexões expostas, pode-se notar uma nova conjuntura no âmbito das relações internacionais entre os Estados. Essa nova ordem se alicerça sobre um tripé de composição que é ao mesmo tempo jurídica, política e econômica. Difícil, como apontado por Kelsen, deduzir um *quantum* de limitação à soberania que um Estado pode realizar através de seu governo, mais difícil ainda é tentar precisar, de forma categórica, quais rumos serão tomados daqui pra frente no que se refere ao processo de internacionalização dos Direitos Humanos, se ganhará força, passando até mesmo por cima de questões culturais específicas opostas aos seus ideais universalistas, tal como se tem discutido no campo do novo constitucionalismo multicultural, ou, ao revés, fragilizar-se-á ante o endurecimento das críticas que apontam ser ele pernicioso meio para a consecução dos escopos econômicos das superpotências.

O que se tem por certo é que tal processo é irreversível e continuará causando instabilidade na doutrina clássica da soberania do Estado, isso porque na atual conjuntura política internacional, pautada por relações diplomáticas, o isolamento dos Estados é exceção à regra, por conseguinte, o conceito clássico de soberania já não mais se sustenta, vez que os Estados, no período pelo qual passamos, necessitam manter a diplomacia e o respeito aos acordos realizados na esfera internacional, principalmente quando esses pactos versam sobre direitos humanos, do contrário, ficam eles fadados ao isolamento comercial e a medidas coercitivas que, por conseguinte, acabam pondo em xeque aqueles

[1] Notícia fornecida por José Francisco Rezek no X Congresso de Direito da UFSC, em Florianópolis, em abril de 2015.

princípios delineados por Bodin no século XVI, referentes à intangibilidade e à perpetuidade do poder soberano.

7 Referências bibliográficas

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. 3. ed. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8. ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Wmfmartinsfontes, 2012.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Soberania e a proteção internacional dos direitos humanos: dois fundamentos irreconciliáveis**. Brasília, 2002. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalTvJustica/portalTvJusticaNoticia/anexo/Artigo__Soberania_e_Direitos_Humanos__Valerio_Mazzuoli.pdf >>. Aceso em: 03 fev. 2015.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direito humanos.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional.** 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público, Curso Elementar.** 15ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

RODRIGUES, Saulo Tarso. **A globalização contra-hegemônica e a problemática contemporânea dos direito humanos**. Coimbra: tese de doutoramento, 2006.

ROUSSEAL, Jean Jacques. **Do Contrato Social**. ed. Ridendo Castigat Mores. Trad. Rolando Roque da Silva. Disponível em <<www.jahr.org.>>.

O RECRUDESCIMENTO DE PENAS EM CONFLITO COM O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO

Bruna Sandri do Prado[*]
Luiz Eduardo Dias Cardoso[**]

Palavras-chave: Princípio. Proibição de Retrocesso. Recrudescimento. Penas.

Resumo: O presente trabalho, apresentado no "X Congresso de Direito da UFSC", em 16 de abril de 2015, deriva do artigo "Segurança jurídica, proteção da confiança e proibição de retrocesso: tríade fundamental à garantia e manutenção dos direitos sociais", elaborado pelo autor deste escrito em colaboração com Adriana Regina Dias Cardoso e Queila de Araújo Duarte Vahl. Neste último escrito, abordaram-se os preceitos que lhe emprestam o nome, com ênfase ao princípio da proibição de retrocesso, o qual consiste em preceito constitucional ínsito aos Estados Democráticos de Direito, responsável por vedar inovações retrocessivas na ordem jurídica, compreendidas como aquelas que afetam, prejudicialmente, os direitos fundamentais. Tal preceito não conduz, contudo, à imutabilidade desses direitos, que podem sofrer alterações, conquanto se mantenha incólume seu núcleo fundamental, cujo conteúdo é constituído pela dignidade da pessoa humana. O presente artigo aborda, ainda, as reformas legislativas que, na esteira de um populismo penal punitivista, propõem o recrudescimento do sistema penal. Assim, realizando o cotejo entre os temas fulcrais do presente artigo, questiona-se se, diante das iminentes reformas legislativas – muitas delas tendentes ao recrudescimento de penas –, é verificável violação ao princípio da proibição de retrocesso, haja vista o agravamento das restrições que se impõem à liberdade mediante a aplicação das sanções criminais. Em outras palavras, procura-se questionar se o recrudescimento das penas implica violação à vedação de retrocesso e, em caso positivo, em qual medida. Provisoriamente, a hipótese

[*] Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/9707395843880353.
[**] Advogado. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Currículo em plataforma *lattes*: http://lattes.cnpq.br/7842116424496804.

apresentada é a de que é possível proceder ao aumento de penas, se – e somente se – houver a manutenção do núcleo essencial do direito fundamental à liberdade, cuja aferição é orientada pelo princípio da proporcionalidade. A discussão do tema justifica-se pela sua notória atualidade e relevância, em razão da tramitação, no Congresso Nacional, dentre outras propostas legislativas, de projeto de Código Penal que tende ao aumento de diversas penas privativas de liberdade. Em verdade, o objeto de análise do presente artigo, para além de atual, é, no Brasil, praticamente atemporal, uma vez que as constantes propostas de reforma na legislação penal usualmente se revestem de caráter punitivista. O presente trabalho, orientado por uma análise constitucional do Direito Penal, adota o método dedutivo, uma vez que parte de acepções mais abrangentes acerca do princípio da proibição de retrocesso e da legislação penal para, adiante, analisar se as reformas nas normas criminais podem implicar violação àquele preceito.

Keywords: Principle. Prohibition of regression. Recrudescence. Punishments.

Abstract: This paper, presented at the "X Congresso de Direito da UFSC" in April 16, 2015, has its origins at the article "Legal certainty, confidence protection and regression prohibition: fundamental triad to the warranty and maintenance of social rights", written by the author of this paper in collaboration with Adriana Regina Dias Cardoso and Queila de Araujo Duarte Vahl. The stated article discusses the three principles mentioned on its name, emphasizing the principle of regression prohibition, which consists on constitutional principle of the Democratic State of Law that bans regressive innovations in law, understood as those that affect, detrimentally, fundamental rights. However, this rule does not lead to the immutability of these rights, which may change if the right's fundamental core, constituted by human dignity, is unscathed. Additionally, this article discusses the legislative reforms planed by the penal populism, which proposes the intensification of the criminal system. Thus making the comparison between the central themes of this article, it is necessary to wonder if, given the imminent legislative reforms – many of them aimed to the recrudescence of the criminal system – is verifiable any violation of the principle of prohibition of regression, due to the worsening of the restrictions that are imposed on freedom through the application of criminal sanctions. In other words, the present article

seeks to question if the penalties increase implies violation of the prohibition of regression principle and, if so, to what extent. The provisionally presented hypothesis is that it is possible to increase penalties if – and only in this case – there the essential core of the fundamental right to freedom is held. The discussion is justified by its notorious relevance and importance, due to the proposition, at the National Congress, among other legislative proposals, of a Penal Code project that tends to increase the penalties. In fact, the object of analysis of this article, beyond current, is, in Brazil, almost timeless, due to the usual reform proposals on criminal law. This study, led by a constitutional analysis of the Criminal Law, adopts the deductive method, once it starts from broader meanings about the principle of prohibition of regression and criminal legislation to examine whether the reforms in the criminal law can set violation to that aforesaid principle.

1 Introdução

Invariavelmente, surgem propostas legislativas que propõem o recrudescimento das penas já existentes, bem como a criação de novos tipos penais; no mesmo norte, não são raras as propostas que visam à redução das garantias no âmbito do processo penal, ilustrada, por exemplo, pela extinção ou restrição de recursos.

O Direito Penal é concebido, sob esse aspecto, como panaceia para todos os males. Assim, seu manejo é tido como instrumento adequado à garantia da segurança pública.

Não se pode olvidar, contudo, que, a par da discussão acerca da eficácia de tais medidas legislativas, qualquer sensível mudança operada na legislação penal repercute em um dos mais elementares direitos fundamentais: a liberdade.

Isso porque o recrudescimento de penas e a criação de novos tipos penais – ou seja, o incremento da criminalização primária – acarreta, inexoravelmente, maiores restrições à liberdade de ir e vir, cuja limitação é a mais utilizada forma de sanção penal.

De outra banda, floresce, nos últimos anos, sobretudo a partir da doutrina constitucionalista francesa, o princípio da proibição de retrocesso. Usualmente, tal preceito é abordado em cotejo com os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança; conjugadas, tais diretrizes formam uma tríade essencial à proteção dos direitos fundamentais, ínsita à ordem constitucional dos Estados Democráticos de Direito.

Em síntese, o princípio da vedação de retrocesso proíbe inovações jurídicas que tendam a restringir direitos fundamentais.

Tal proibição, contudo, não é absoluta; cinge-se a vedar aquelas modificações que atinjam o núcleo do direito fundamental em questão, cujo conteúdo é informado pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Se, eventualmente, uma mudança tem cunho retrocessivo, mas não interfere no direito a ponto de atingir seu núcleo, a ordem constitucional não a veda.

Realizado esse breve introito, busca-se perquirir se o princípio da proibição de retrocesso refuta, terminantemente, o recrudescimento das penas, bem como em que medida tal vedação opera.

2 O princípio da proibição de retrocesso

2.1 Segurança juridical, proteção da confiança e proibição de retrocesso: tríade fundamental à manutenção dos direitos fundamentais

Preliminarmente à conceituação dos preceitos em epígrafe, fazem-se necessários breves comentários acerca da concepção de princípios: estes são as verdadeiras bases de um sistema jurídico; são seu sustento e, concomitantemente, conformam-lhe. Apresentam-se, ademais, como mandamentos nucleares de um sistema (Silva, 2012, p. 91-92.) – em geral positivados em uma Constituição, ou ao menos por esta recepcionados, implícita ou expressamente –, cuja observância irrestrita é imperativa. São, nesse sentido, verdadeiros vetores que devem ser seguidos tanto por legisladores, quanto por intérpretes.

O Direito tem por fim precípuo a obtenção de paz social. Cada uma de suas searas desempenha de um modo peculiar tal escopo: o Direito Penal visa à proteção de bens jurídicos; o Direito Civil regula as relações privadas; o Direito Tributário versa acerca dos aportes financeiros devidos pelas pessoas físicas e jurídicas ao Estado. Nesse sentido, afirma-se que "quem diz direito, acima de tudo diz paz, paz no relacionamento daqueles que compõem o tecido social do estado de direito. Não é para outro fim que o direito organiza o Estado Democrático" (Theodoro Jr., 2013, p. 43).

Por conta disso, faz-se necessária a criação de institutos jurídicos que protejam tais direitos, sem, no entanto, inviabilizar que sejam reformados.

Nesse contexto, os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da proibição de retrocesso compõem uma tríade fundamental à garantia e à manutenção dos direitos fundamentais assegurados pela ordem constitucional. Para além de desempenharem tal função, os aludidos preceitos são verdadeira condição de existência dos Estados Democráticos de Direitos.

2.2 Os princípios da segurança juridical da proteção da confiança

Constantes e fugazes mudanças são ínsitas aos mais variados âmbitos da vida humana: economia, política, comunicações, relações sociais etc. Nesse angustiante contexto, a sociedade anseia por um lócus de segurança e previsibilidade. Tal lócus é, por excelência, o Direito, a ordem jurídica.

Assim, para além de obter a já aludida paz social, o Direito é concebido a fim de mantê-la, sendo necessário, para tanto, engendrar mecanismos jurídicos idôneos para tal fim.

Tem-se, sob tal aspecto, a segurança jurídica, que assume, na ordem jurídica brasileira, a forma de direito e a forma de princípio.

É direito de que gozam os cidadãos na medida em que o Estado deve lhes assegurar uma estabilidade razoável nas suas relações jurídicas, bem como, de modo geral, a proteção ao direito adquirido, à coisa julgada e ao ato jurídico perfeito.

É princípio, por outro lado, em razão de constituir figura central do moderno Estado de Direito, uma vez que "um autêntico Estado de Direito é um Estado da segurança jurídica, já que, do contrário, o governo das leis poderá resultar em despotismo e toda sorte de iniqüidades" (SARLET, 2006, p. 10).

Aborda-se, sob esse aspecto, a segurança jurídica como subprincípio do princípio do Estado de Direito, segundo o qual o poder se rege e é exercido, necessariamente, em meio às balizas normativas. É evidente que o exercício de poder livre de amarras legais – característica inerente, por exemplo, aos Estados absolutistas – conduz, inexoravelmente, à

insegurança jurídica, porquanto ausente qualquer diretriz normativa que confira previsibilidade à ordem juridical

.Theodoro Jr. (2013, p. 39) conceitua a segurança jurídica em meio a um contexto de mudanças de toda ordem – inclusive as de caráter legislativo, que constituem o cerne do presente trabalho –, cuja análise é essencial ao presente artigo:

> a segurança jurídica não é outra coisa senão a possibilidade reconhecida pelo operador econômico, fiscal, e por todos os juridicionados, de um meio jurídico seguro, posto ao abrigo das áleas e reviravoltas eventualmente ocorridas nas regras do ordenamento jurídico.

E, precisamente acerca das desenfreadas mudanças legislativas – que, reitere-se, constituem objeto de análise do presente escrito –, o mesmo autor formula pontual crítica:

> Por simples modismo e, às vezes por comodismo, o legislador contemporâneo é levado à edição de normas incompletas e vagas, que importam em verdadeira delegação de poder normativo aos órgãos da Administração e do Judiciário. Não que se deva impedir a adoção de cláusulas gerais nos textos legislativos. Valores éticos, para serem incorporados ao direito positivo reclamam a observância dessa técnica. O abuso, contudo, do emprego constante e injustificado de cláusulas gerais pelo legislador pode desestabilizar o ordenamento jurídico, gerando dúvidas, incertezas e mesmo imprevisibilidade no meio social.
>
> Falha, portanto, o legislador quando, empolgado por alguns valores relevantes e positivos, neles se concentra, e realiza obra renovadora de importantes capítulos do ordenamento jurídico, ignorando, porém, a necessidade de preservar, nas estruturas normativas renovadas, a segurança jurídica [...].
>
> Todo o ordenamento jurídico brasileiro, nas últimas décadas, tem sido perpassado por uma onda intensa de revisão e atualização, tanto no terreno do direito público como do direito privado. Em nome do princípio da socialidade e da justiça, porém, nem sempre se tem destinado ao princípio de segurança jurídica a atenção que ele reclama (Theodoro Jr.., 2013, p. 38 e 43).

Em um cenário de aceleradas mudanças sociais, econômicas, geográficas e políticas – as quais, inexoravelmente, se espraiam ao direito –, a assecuração de segurança jurídica aos cidadãos se faz ainda mais indispensável à garantia de estabilidade social.

Assim, a eficácia e a efetividade do direito à segurança – ressaltado, aqui, o direito à segurança jurídica – assumem papel de destaque, o que de modo algum conduz, destaca SARLET (2006, p. 13), a uma total previsibilidade ou uma imutabilidade dos atos do poder

público, tal como se afirmará em relação à (im)possibilidade de o princípio da proibição de retrocesso vedar toda e qualquer mudança retrocessiva na ordem jurídica.

A segurança é um dos direitos que integram o núcleo da dignidade da pessoa humana, fulcral à solução do problema enfrentado por este artigo. Por outro lado, se os direitos fundamentais constituem o núcleo da dignidade da pessoa humana, esta, em uma mútua relação, forma o núcleo inviolável daqueles direitos. Assim, à dignidade da pessoa humana, que informa e permeia todo o ordenamento jurídico pátrio, está umbilicalmente ligada a segurança jurídica. Logo, achar-se-á violada onde quer que as pessoas não estejam em condições, de, com razoáveis segurança e tranquilidade, confiar nas instituições sociais e estatais e numa certa estabilidade das suas próprias posições jurídicas – ou seja, onde não haja segurança jurídica.

No que pertine ao postulado seguinte, recorre-se à lição de CANOTILHO (2003, p. 250-252), a fim de evidenciar que, tanto quanto a já comentada segurança jurídica, a proteção da confiança também assume caráter principiológico e, apresentando mais uma semelhança com o primeiro preceito, igualmente só se encontra de modo implícito na Constituição Federal, o que não exclui o fato de que seus efeitos se estendem a toda a ordem jurídica:

> O Estado Democrático de Direito conta com os princípios de segurança jurídica e de proteção da confiança como elementos constitutivos da própria noção de estado de direito. [...]
>
> Os indivíduos têm o direito de poder contar com o fato de que aos seus atos ou às decisões públicas concernentes a seus direitos, posições ou relações jurídicas fundadas sobre normas jurídicas válidas e em vigor, se vinculem os efeitos previstos e assinados por estas mesmas normas.

Efetuadas breves considerações entre os preceitos em comento, constata-se a íntima relação entre a segurança jurídica e a proteção da confiança: são, reciprocamente, uma requisito para a existência da outra.

Une os dois princípios retro mencionados, ademais, o fato de que a proteção da confiança não se acha, de modo explícito, positivada em lugar algum do ordenamento jurídico brasileiro, mas tem manifestações pontuais – assim como ocorre com a segurança jurídica.

Tais preceitos voltam especial atenção aos atos de cunho retrocessivo, considerados aqueles que, embora não atinjam o ato jurídico perfeito, a coisa julgada e o direito adquirido, restringem ou extinguem direitos consagrados pela ordem constitucional, seja essa supressão operada pela própria lei fundamental ou mesmo por normas que limitam alguns de seus dispositivos, nomeadamente os direitos sociais e o direito à liberdade. Fala-se, assim, em proibição ou vedação do retrocesso, que decorre do princípio do Estado Democrático e Social de Direito; do princípio da dignidade da pessoa humana; do princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras dos direitos fundamentais; e, por derradeiro, com especial destaque, do princípio da proteção da confiança e do princípio da segurança jurídica (BARCELLOS; BARROSO, 2005, p. 64). Cominada a tais preceitos, a vedação ao retrocesso integra uma tríade de institutos jurídicos fundamentais à salvaguarda dos direitos fundamentais.

2.3 A proibição de retrocesso como diretriz constitucional

A proibição do retrocesso é princípio que floresce sobretudo na doutrina jurídica dos países da Europa Ocidental. Na França, por exemplo, o Conselho Constitucional cunhou a expressão *effet cliquet* (efeito "*cliquet*"), em alusão à expressão utilizada pelos alpinistas que define um movimento que somente lhes permite subir. Também assim deve ser o direito: deve, sempre, subir, avançar.

Essa é a tendência histórica do Direito, muito embora vicissitudes temporalmente circunstanciais – a sanha punitivista hoje vivenciada, por exemplo – por vezes a contradigam.

Tal assertiva se acha, por exemplo, em meio à obra "Vigiar e Punir", de FOUCAULT. Nesta, o autor descreve a trajetória histórica das penas, delineando tal evolução sob o aspecto do objeto sobre o qual recai (ou recaía) a pena: inicialmente, a pena; após, o corpo. Como relata o pensador francês,

> em algumas dezenas de anos, desapareceu o corpo supliciado, esquartejado, amputado, marcado simbolicamente no rosto ou no ombro, exposto vivo ou morto, dado como espetáculo. Desapareceu o corpo como alvo principal da repressão penal.

> [...] A redução dessas "mil mortes" à estrita execução capital define uma moral bem nova própria do ano de punir.
>
> [...] Desaparece, destarte, em princípios do século XIX, o grande espetáculo da punição física: o corpo supliciado é escamoteado; exclui-se do castigo a encenação da dor. Penetramos na época da sobriedade punitiva. Podemos considerar o desaparecimento dos suplícios como um objetivo mais ou menos alcançado, no período entre 1830 e 1848 (FOUCAULT, 2009, p. 13, 17 e 19).

Ressalta-se que essa "evolução" das penas – no que toca à sua crueldade, ao objeto que almeja atingir, à sua forma de execução etc. – se opera não necessariamente por razões de ordem humanista. Muitas vezes, ocorre em atenção a uma "economia política da pena", como define FOUCAULT. O autor afirma:

> O afrouxamento da severidade penal no decorrer dos últimos séculos é um fenômeno bem conhecido dos historiadores do direito. Entretanto, foi visto, durante muito tempo, de forma geral, como se fosse fenômeno quantitativo: menos sofrimento, mais suavidade, mais respeito e "humanidade". Na verdade, tais modificações se fazem concomitantes ao deslocamento do objeto da ação punitiva. Redução de intensidade? Talvez. Mudança de objetivo, certamente (FOUCAULT, 2009, p. 21.

De qualquer forma, é inolvidável, essa trajetória indica um progresso no campo das práticas penais – progresso que não pode ser cessado e tampouco revertido.

Embora não consagrada explicitamente com esta rubrica, a proibição de retrocesso é acolhida pela ordem jurídico-constitucional brasileira, pelo menos em algumas de suas dimensões. É o caso da proteção – que desempenha em conjunto com os já aludidos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança – ao ato jurídico perfeito, à coisa julgada e aos direitos adquiridos; das limitações constitucionais a atos e normas retroativos; e, sobretudo, das garantias contra restrições legislativas de direitos fundamentais, como exemplificam as cláusulas pétreas. Esta última manifestação do princípio da vedação ao retrocesso é o objeto central de análise do presente artigo.

Assim, à moda da segurança jurídica e da proteção da confiança, a proibição de retrocesso, ainda que não explicitamente adotada, é, inquestionavelmente, figura de destaque no ordenamento jurídico nacional.

Partindo da acepção segundo a qual o direito consagra elementos que proíbem o retrocesso, é certo que, no plano constitucional, tal vedação é bastante clara, sobretudo em

razão da proteção às cláusulas pétreas, cuja existência vincula-se, igualmente, à segurança jurídica e à proteção da confiança. Já no âmbito infraconstitucional, é nebuloso o alcance da vedação de retrocesso, uma vez que, em seu espectro de liberdade, o legislador pode restringir direitos fundamentais mantendo intocado o texto da Constituição Federal, mas alterando a legislação infraconstitucional que a regulamenta. Tal se dá com a liberdade; isto é, é possível promover restrições a esse direito constitucionalmente positivado, sem que, para tanto, seja necessário intervir, diretamente, no texto constitucional. Alterações retrocessivas na legislação penal e processual penal são, por excelência, exemplo desse fenômeno.

No mesmo norte, vale dizer que, se a liberdade é um direito de natureza subjetiva negativa – uma vez que, em geral, demanda uma abstenção estatal – também a vedação ao retrocesso o é: SILVA (1982, p. 147) classifica-a como um direito subjetivo negativo, o que implica afirmar que os cidadãos, em face de uma medida supressiva de direitos fundamentais, têm direito a impugná-la judicialmente, a fim de buscar a manutenção de seu direito ameaçado.

Vê-se, portanto, que a efetividade e a eficiência da segurança jurídica pugnam por uma proteção da ordem jurídica contra medidas estatais que restrinjam, de modo desproporcional ou atentatório à dignidade da pessoa humana, direitos consagrados pela ordem jurídico-constitucional. Assim, o princípio da proibição de retrocesso impede, de maneira geral, que se atente contra a efetividade da Constituição (BARROSO, 2001, p. 158-159), que surge com a regulamentação de seus dispositivos por meio da legislação infraconstitucional; assim, alterando esta última no sentido de suprimir direitos por esta efetivados – e garantidos pela Constituição –, o legislador nada mais faz que atentar contra a própria lei fundamental; trata-se, portanto, inexorável e inquestionavelmente, de uma inconstitucionalidade.

Há que se ressaltar que, em que pese a relevância da vedação ao retrocesso, tal preceito não é absoluto. Em verdade, nenhum princípio, na seara jurídica – nem mesmo nos domínios constitucionais – o é. A relatividade é característica inerente a todos os princípios, mesmo àqueles mais fundamentais à ordem jurídica e ao próprio sustento do Estado

Democrático de Direito. A proibição ao retrocesso, por óbvio, não foge à regra, de sorte que não se pode rechaçar, prévia e antecipadamente, qualquer inovação jurídica retrocessiva.

Não se pode tornar irrestrito tal princípio, inicialmente, a fim de que não se transforme a legislação infraconstitucional em um cipoal de normas que, materialmente, teriam um caráter constitucional, usurpando a competência do constituinte derivado e procedendo a um formalmente inadequado acréscimo de normas à Constituição Federal.

Ademais, há se ter em mente que, invariavelmente, a garantia de um direito implica a restrição a outro. Tal assertiva é melhor ilustrada no âmbito dos direitos sociais: se o Estado maximiza a salvaguarda a determinado direito, é inevitável que os recursos destinados à efetivação de outros direitos tornar-se-ão mais escassos. Muito embora os direitos de segunda geração bem a exemplifiquem, essa ambiguidade é verificável também em relação aos direitos de primeira geração: assim, se a pena cominada a determinado crime é majorada, restringe-se o direito à liberdade, mas – ao menos em tese – potencializa-se o direito à segurança. É, portanto, árduo divisar o limite a partir do qual uma inovação legislativa consubstancia, efetivamente, um retrocesso jurídico.

Retoma-se, assim, a lógica da célebre construção doutrinária que, abordando a dupla face dos direitos fundamentais, versa acerca da proibição de proteção deficiente – concebível em um quadro em que inexista a vedação de retrocesso –, bem como da proibição de proteção excessiva, que teria lugar se fosse inadequadamente considerado absoluto o preceito em questão.

Nesse sentido, antecipa-se parte da resposta ao problema apresentado neste trabalho, no sentido de que não é viável vedar, de maneira absoluta, o recrudescimento de penas.

Tal hipótese será melhor aprofundada em momento posterior, após considerações acerca do recrudescimento do sistema penal.

3 O recrudescimento do sistema penal

Uma consideração prévia ao desenvolvimento do presente item é necessária. Trata-se de assinalar que, em que pese à menção, no título do presente trabalho, do

recrudescimento das penas, é abordado, de modo mais abrangente, o recrudescimento do sistema penal, haja vista que o recrudescimento atinge não somente as sanções criminais, mas outros elementos do sistema penal, como o processo ou a execução penal. A alusão às penas é justificada por serem estas o mais emblemático elemento do sistema penal, bem como o alvo central das reformas que visam ao recrudescimento daquele.

3.1 Tendência legislativa

O presente artigo tem por premissa basilar a constatação de que, nos últimos anos ou décadas, o recrudescimento do sistema penal, ao menos na esfera hipotética, tem se mostrado como tendência legislativa difundida mundo afora. É, por exemplo, o que constata, desde a década de 1980, o penalista argentino ZAFFARONI (1991, p. 32).

Assim, se, por um lado, o sistema penal é um dos territórios jurídicos que se tem mantido mais refratários às inovações e menos alterado pelas reformas e mudanças que têm lugar no mundo econômico e internacional (MESSUTI, 2010, p. 88), por outro, suas delicadas bases são constantemente postas à prova, em razão de propostas legislativas reformadoras que atentam contra seus mais fundamentais princípios.

Tais iniciativas têm acentuado cunho político e, invariavelmente, são manejadas com apelo populista. É o que afirma ALBRECHT: "pode ser visto como difundida tendência de todos os partidos políticos, reagir aos problemas comunitários discutidos publicamente, sempre e imediatamente com o apelo ao Direito Penal" (2010, p. 1).

Diante disso, os efeitos perniciosos do recrudescimento do sistema penal têm sua magnitude maximizada em um Brasil de instabilidades políticas, sociais e econômicas e de uma democracia ainda em processo de amadurecimento, em que as vicissitudes desse contexto advindas constituem, exatamente, o pretexto para a criação de propostas legislativas daquela espécie.

Acerca disso, afirma o criminologista alemão retrocitado:

> É mais do que questionável se o Direito Penal pode, de todo, fazer jus a estas e outras complexas situações problemáticas da sociedade. [...] Não obstante, é indiscutível: o Direito Penal tem conjuntura como instrumento político; provavelmente, também, por causa da necessidade política de

> deixar transparecer, como tratáveis e controláveis, problemas estruturais da sociedade (ALBRECHT, 2010, p. 2).

Na mesma senda, Jakobs citado por ALBRECHT, aduz que

> O Direito Penal simbólico com Direito Penal da proteção sistêmica libera-se de qualquer verificação empírica. Capacidade de controle e efeitos ficam no fumo da esperança. O Direito Penal é, ainda, primariamente, instrumento para eligibilidade em Política. Sem a profissão de fé por um "Direito Penal duro" não se ganham eleições. O Direito Penal degrada-se, assim, a um puro instrumento de político interna (JAKOBS, Gunter apud ALBRECHT, 2010, p. 5).

Tem-se, em arremate, que o cenário jurídico brasileiro, a despeito de uma Constituição Federal garantidora de direitos, é propício ao manejo do Direito Penal – no sentido de recrudescer o sistema criminal – como instrumento político.

A fim de melhor ilustrar o que ora se afirma a respeito do recrudescimento do sistema penal – das penas, sobretudo – como tendência peculiar aos últimos anos, discorre-se, nos subitens subsequentes, acerca de exemplos emblemáticos desse fenômeno.

3.2 Casos ilustrativos

3.2.1 Pena de morte

A história da pena de morte no Brasil ilustra, perfeitamente, o que aqui se pretende demonstrar. Cuida-se de uma trajetória incerta, repleta de idas e vindas: ora instituía-se, ora abolia-se a pena de morte.

Pois bem. A história da pena de morte no Brasil principia durante o período colonial, em que vigorava as ordenações do Reino de Portugal, que previam a sanção capital para mais de setenta delitos, de sorte a conferir-lhe hegemonia entre as demais espécies de penas.

Posteriormente, no Império, o Direito Penal, lastreado em uma incipiente principiologia liberal, manteve a pena de morte, mas as limitou, mediante o Código Criminal do Império, de 1830 – diploma considerado bastante avançado para a época e elogiado no cenário internacional.

Vislumbra-se, portanto, a primeira mudança de rumo na tortuosa trajetória da pena de morte no Brasil.

Mesmo ao longo do Império, sob a vigência do já aludido diploma criminal, a pena de morte, ainda que legalmente prevista, foi perdendo força. A última execução de um homem branco ocorreu em 1855. Trata-se do célebre caso de Motta Coqueiro (posteriormente denominado a Fera de Macabu), que foi levado à forca por conta de um erro judiciário mais tarde comprovado. Tal circunstância acelerou a derrocada da pena de morte, que continuou vigente, mas inaplicada, em razão de vetos de Dom Pedro II, que, para tanto, se valia do poder moderador de que gozava. Para os escravos, a pena de morte foi derradeiramente utilizada em 1876. Como assevera SHECAIRA (2010), "até o final do Império, a pena de morte existia só no papel".

Essa primeira queda da pena de morte culmina no Decreto nº 774/1890, editado já em meio à República (antes mesmo do Código Penal e da Constituição republicanos – que também reverberaram os mesmos termos), que aboliu, definitivamente, a pena capital. Ressalvou-se a pena de morte em tempo de guerra.

A Constituição posterior, promulgada em 1934, manteve a vedação à pena de morte, conservando, contudo, a ressalva relativa à sanção capital em tempo de guerra.

Três anos mais tarde, todavia, verifica-se o primeiro retrocesso do sistema jurídico brasileiro na trajetória da pena de morte. Outorgada a Constituição de 1937, em meio à ditadura varguista, permitiu-se a cominação, por lei, de pena de morte a crimes que colocassem em risco a existência do Estado – o que efetivamente se fez, com o Decreto nº 4.766/1942. Ainda que até mesmo se tenha proporcionado a criação de um Tribunal de Segurança com vistas à imposição da pena de morte, tal sanção jamais foi aplicada. Houve, é verdade, condenação à pena de morte. Como relata AMARAL (2015).

> Em 1942, o judiciário, respaldado pela Constituição do Estado Novo de 1937, condenou o escritor Gerardo Melo Mourão, sob a acusação de espionagem para o Eixo: aliança de países liderada pela Alemanha, na Segunda Guerra Mundial. Porém, não há registro de que se tenha aplicado a execução após a condenação.

Em nova guinada liberal, e marcando mais um ponto de evolução da trajetória histórica da pena de morte no Brasil, o processo de redemocratização de 1946 deu azo à

extinção da sanção capital, a teor do art. 141, § 29, da Constituição Federal então promulgada.

Com a superveniência do regime ditatorial militar, em 1964, revigorar a pena de morte – e proceder a novo retrocesso jurídico – era uma questão de tempo. E que se efetivou em 1969, sob a égide do Ato Institucional nº 5 e com a edição do Decreto nº 898/1969 (Lei de Segurança Nacional), que impunha a pena de morte aos inimigos do regime que atentassem contra a vida de outrem. Apesar de terem ocorrido condenações à pena capital, nenhuma foi efetivada – foram, todas, comutadas, algumas para a prisão perpétua. A seguir, como informa SOUSA (2015), "com a Emenda Constitucional n° 11, de 13 de outubro de 1978, foi novamente abolida apena de morte para os crimes comuns contra a segurança nacional e restringida sua incidência à legislação penal aplicável em caso de guerra externa".

Com a nova redemocratização da Nação, a pena de morte foi definitivamente extirpada do ordenamento jurídico pátrio, havendo vedação expressa, no art. 5º, XLVII, a, a tal sanção, novamente ressalvada, contudo, a pena de morte em tempo de guerra.

Embora a proibição de retrocesso seja preceito jurídico relativamente novo, doutrinariamente cunhado há não mais que algumas décadas, é possível afirmar que, nesse devenir histórico da pena capital, se constatam seguidos retrocessos jurídicos. Isto é, após ser extinção originária da pena de morte, com o Código Penal da República, a sua instituição representa inegável recrudescimento do sistema penal.

Atualmente, contudo, já não mais é possível a instituição da pena de morte no Brasil.

Tal vedação decorre, é evidente, da Constituição Federal, em seu art. 5º, XLVII, "a".

Para além disso, a instituição da pena capital é vedada, no Brasil, por tratados internacionais. Tais instrumentos, vale dizer, não determinam que as nações signatárias extirpem de seus ordenamentos jurídicos a pena de morte, embora a limitem a hipóteses restritas; apenas lhes impõe que, caso seus ordenamentos jurídicos não autorizem a pena capital ao tempo da adesão ao pacto internacional, não venham a fazê-lo em momento posterior.

Cuida-se do Pacto Internacional dos Direito Civis e Políticos e da Convenção Americana de Direitos Humanas, que, respectivamente, assim dispõem acerca do tema:

ARTIGO 6

1. O direito à vida é inerente à pessoa humana. Esse direito deverá ser protegido pela lei. Ninguém poderá ser arbitrariamente privado de sua vida.

2. Nos países em que a pena de morte não tenha sido abolida, esta poderá ser imposta apenas nos casos de crimes mais graves, em conformidade com legislação vigente na época em que o crime foi cometido e que não esteja em conflito com as disposições do presente Pacto, nem com a Convenção sobra a Prevenção e a Punição do Crime de Genocídio. Poder-se-á aplicar essa pena apenas em decorrência de uma sentença transitada em julgado e proferida por tribunal competente.

3. Quando a privação da vida constituir crime de genocídio, entende-se que nenhuma disposição do presente artigo autorizará qualquer Estado Parte do presente Pacto a eximir-se, de modo algum, do cumprimento de qualquer das obrigações que tenham assumido em virtude das disposições da Convenção sobre a Prevenção e a Punição do Crime de Genocídio.

4. Qualquer condenado à morte terá o direito de pedir indulto ou comutação da pena. A anistia, o indulto ou a comutação da pena poderá ser concedido em todos os casos.

5. A pena de morte não deverá ser imposta em casos de crimes cometidos por pessoas menores de 18 anos, nem aplicada a mulheres em estado de gravidez.

6. Não se poderá invocar disposição alguma do presente artigo para retardar ou impedir a abolição da pena de morte por um Estado Parte do presente Pacto.

Capítulo II - DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS [...]

Artigo 4º - Direito à vida [...]

2. Nos países que não houverem abolido a pena de morte, esta só poderá ser imposta pelos delitos mais graves, em cumprimento de sentença final de tribunal competente e em conformidade com a lei que estabeleça tal pena, promulgada antes de haver o delito sido cometido. Tampouco se estenderá sua aplicação a delitos aos quais não se aplique atualmente.

3. Não se pode restabelecer a pena de morte nos Estados que a hajam abolido.

4. Em nenhum caso pode a pena de morte ser aplicada a delitos políticos, nem a delitos comuns conexos com delitos políticos.

5. Não se deve impor a pena de morte a pessoa que, no momento da perpetração do delito, for menor de dezoito anos, ou maior de setenta, nem aplicá-la a mulher em estado de gravidez.

> 6. Toda pessoa condenada à morte tem direito a solicitar anistia, indulto ou comutação da pena, os quais podem ser concedidos em todos os casos. Não se pode executar a pena de morte enquanto o pedido estiver pendente de decisão ante a autoridade competente.

Da leitura dos instrumentos normativos em epígrafe, depreende-se evidente manifestação do princípio da proibição de retrocesso: veda-se, exatamente, que os países signatários recrudesçam o seu sistema penal, nele incluindo a pena de morte, e, assim, incidindo em grave – e inadmissível, a teor dos tratados internacionais mencionados – retrocesso jurídico.

3.2.2 Redução da Maioridade Penal

Se a revigoração da pena de morte, embora usualmente debatida, já não mais é possível no cenário jurídico pátrio, outras propostas constantemente palpitam nos debates públicos com maiores possibilidades de tornarem-se realidade normativa, igualmente representando o recrudescimento do sistema penal.

Nesse sentido, exemplo bastante emblemático – e recorrentemente discutido – do recrudescimento do sistema penal é a proposta de redução da maioridade penal, a que se procede através da Emenda à Constituição nº 171/93.

Embora não seja oportuno tecer elaboradas considerações acerca do tema, é de ressaltar que se está de evidente intento de recrudescer o sistema penal (expandindo seu alcance para uma parcela da população até então isenta de penas, porquanto inimputável), em violação à cláusula materialmente penal insculpida no art. 228 da Constituição Federal e com fins evidentemente populistas, que voltam à tona em momento de crise política e de credibilidade de que padece o Poder Legislativo nacional.

Cuida-se, portanto, de proposta legislativa inconstitucional não somente em razão da violação à já aludida cláusula pétrea, mas também, compreende-se, em razão da vedação que lhe é imposta pelo princípio da vedação ao retrocesso.

3.2.3 Criação e posteriors modificações da lei de crimes hediondos

A Constituição Federal admite, em seu art. 5º, XLIII, a existência de crimes hediondos, a estes atribuindo condições mais severas que aquelas impostas aos demais – nomeadamente, a impossibilidade de fiança, graça e anistia.

Uma vez que a Carta Magna não especificou quais são os crimes são hediondos, coube a lei infraconstitucional fazê-lo. Nesse sentido, editou-se, dois anos após a promulgação da Constituição Federal, a Lei nº 8.072/90, a qual "dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências".

O contexto em que tal norma foi criada e alterada é relevante ao presente trabalho, a fim de evidenciar, como já exposto, que o contexto social influencia significativamente na atividade legiferante, sobretudo aquela realizada com caráter imediatista e populista, com fins escancaradamente políticos.

A norma foi editada, com significativo rigor, pelo Governo do então Presidente da República Fernando Collor como resposta à violência e à insegurança pública; vedava a progressão de regime, bem como impunha o regime fechado para o cumprimento da penal.

Quatro anos mais tarde, o assassinato da filha de renomada novelista brasileira e a comoção popular que lhe sucedeu culminaram na inclusão do delito de homicídio qualificado (art. 121, § 2º, do Código Penal) ao rol dos crimes hediondos.

A par da correção de tal inclusão, os fatos em análise evidenciam, uma vez mais, o quão suscetível a pressões populares é a atividade legislativa em criminal, a qual, invariavelmente, aponta para o recrudescimento do sistema penal.

3.2.4 Restrição de Garantias no âmbito do processo penal

Se é certo que grande parte das propostas legislativas tendentes ao recrudescimento do sistema penal têm por alvo as penas e outros institutos de Direito Penal material (a exemplo da progressão de regime, nos crimes hediondos), também o Direito Processual Penal é objeto de reformas legislativas que tendem à redução de garantias.

O pretexto, em geral, é o mesmo: a morosidade da justiça exige medidas. Aponta-se, como solução, a exclusão de recursos ou a admissão da prisão como regra – não mais como exceção.

É nesse sentido a proposta sugerida pelos Juízes Federais Sérgio Moro e César Bochenek (o primeiro ganhou notoriedade por conduzir os julgamentos relativos à Operação Lava Jato, ao passo que o segundo é Presidente da Associação dos Juízes Federais).

Propuseram os magistrados que, para certos crimes, a prisão fosse tornada regra após eventual condenação em primeiro grau.

A proposta causou grande reboliço entre os estudiosos do Direito Processual Penal, que, em sua maioria, se insurgiram contra a proposta. Faz-se alusão, nesse sentido, à crítica formulada por TOURINHO NETO e WEDY (2015):

> No aspecto constitucional o projeto viola nada menos nada mais do que a proibição do retrocesso. Ou seja, o direito de apelar em liberdade foi uma conquista do povo brasileiro, após longo período de ditadura militar — aliás, tivemos duas no período republicano [1937-1945 e 1964-1985] — consagrado no texto constitucional de 1988 e que não pode retroceder. As garantias constitucionais e os direitos fundamentais estão em expansão e não retrocedem, como sabido e consabido pelos acadêmicos já nos primeiros anos de direito nas faculdades e até mesmo por jejunos jurídicos. Aliás, não retrocedem nem em épocas de clamor popular como o atual, com mega-protestos legítimos contra a corrupção no país.

O excerto supra colacionado tem perfeito encaixe ao presente artigo, uma vez que formula a crítica à proposta em comento com fundamento, exatamente, no aqui abordado princípio da proibição de retrocesso.

Ora, considerações acerca do mérito da proposta a parte, é certo que, pelo menos no âmbito das garantias ínsitas ao processo penal, a admissão da prisão como regra implicaria retrocesso jurídico. Violaria não somente o direito a recorrer em liberdade – somente restrito em hipóteses excepcionais, a teor do art. 312 do Código de Processo Penal –, mas também o fundamento principiológico que lhe dá sustento: nomeadamente, a presunção de inocência, o devido processo legal, o duplo grau de jurisdição e o direito à liberdade.

Evidencia-se, portanto, que não somente o Direito Penal é vítima de propostas legislativas tendentes a retrocessos jurídicos; também o Processo Penal o é.

No caso da proposta tomada como exemplo, atentar-se-ia contra os direitos e princípios já aludidos de uma forma tal que seu núcleo fundamental – constituído pela dignidade da pessoa humana – restaria prejudicialmente afetado. Em outros termos, pode-se dizer que, para além das vedações normativas (constituídas pela Constituição Federal e pelos tratados internacionais de que o Brasil é signatário), a dignidade da pessoa humana não admite a prisão como regra após condenação em primeiro grau. Incide, portanto, na hipótese, o princípio da vedação de retrocesso, a barrar a inovação sugerida.

4 O recrudescimento das penas em face do princípio da vedação ao retrocesso.

4.1 Resposta dogmática a um problema eminentemente criminológico

Os exemplos de recrudescimento do sistema penal citados nos subitens anteriores (2.2.1 a 2.2.5), longe de serem episódicos, foram selecionados em razão de seu simbolismo. Constituem, como já afirmou, verdadeira tendência e política legislativa peculiares à última quadra do século passado e mesmo deste século. 4. O recrudescimento das penas em face do princípio da vedação ao retrocesso.

Nesse contexto, há que se verificar que o objeto de análise do presente artigo – o recrudescimento do sistema penal – é tema de estudos no campo da Criminologia. Nesta seara do saber jurídico, o conhecimento produzido indica, em geral, os motivos pelos quais não se deve promover o recrudescimento do sistema penal como solução para o problema da segurança pública.

No presente artigo, procura-se, por outro lado, indicar, com fundamentos dogmáticos – e não unicamente críticos – os fundamentos de acordo com os quais o retrocesso do sistema penal não somente é contraindicado; é, ademais, verdadeiramente vedado – embora de forma não absoluta.

Recorre-se, por oportuno, à obra de ALBRECHT intitulada "Criminologia: uma fundamentação para o direito penal", em que o autor explana a relação histórica entre Criminologia e Direito Penal. O autor, de início, aclara que "a Criminologia, como ciência da explicação da criminalidade e do controle da criminalidade, sempre se esforçou em contribuir para as variáveis exigências sobre o Direito Penal, com posições de ajuda científica" (2010, p. 6). A Criminologia, em sua mais remota origem, ocupa, portanto, uma posição de subserviência em relação ao Direito Penal.

ALBRECHT, descrevendo o próximo passo da evolução da Criminologia rumo à sua autonomia, aduz que

> o moderno Direito Penal, ao contrário [do Direito Penal clássico], necessita da comprovação científica de seu justo efeito. Tem necessidade de verificações empíricas sobre causas da criminalidade, para poder corresponder ao fim de prevenção normativamente determinado (ALBRECHT, 2010, p. 6).

Nesse, sentido, o autor complementa:

> Um Direito Penal compreendido cientificamente anseia por informações sobre sua área de aplicação, ou seja, sobre a racionalidade, a efetividade e a fundamentação dos instrumentos jurídico-penais para o combate da criminalidade ordenado pelo Estado. Uma Criminologia compreendida como Ciência social tem, por seu lado, interesses sobre as autoproclamadas pretensões de um Direito Penal. Uma vez aberta a caixa de Pandora científica, não existe mais nenhum freio científico. De agora em diante, uma Criminologia compreendida como Ciência social crítica, por sua vez, indaga sobre os pressupostos de validade, os efeitos e as intenções do Direito Penal. A pretensão de prevenção criminal do Direito Penal é colocada sob exame científico, críticas questões teóricas de controle são dirigidas ao Direito Penal, o que logo desemboca em críticas fundamentais de políticas sociais. Não raro, posições do Direito Penal e da Criminologia crítica estão em agudo contraste político-social recíproco (ALBRECHT, 2010, p. 8-9).

O que ora se procura, portanto, é, exatamente, evitar esse contraste entre o Direito Penal e a Criminologia. Busca-se fazer convergirem as conclusões formuladas pela Criminologia, no que toca à inutilidade do recrudescimento do sistema penal para fins de garantia da segurança pública, com as soluções dogmáticas que podem ser fornecidas pelo Direito Penal para frear a sanha punitivista que caracteriza a política legislativa dos últimos anos.

Conforme ALBRECHT explana, essa convergência entre a Criminologia e o Direito Penal visa a atender aos

> princípios centrais do Estado de Direito, que constituem o critério crítico para o modo de atuação do Sistema de Justiça Criminal. O Direito Penal é uma ordem coativa limitada por princípios, cujas intervenções na liberdade são legitimadas por princípios constitucionais. [...] Os modos de funcionamento têm de se subordinar, estritamente, aos princípios condutores da aplicação do Direito jurídico-constitucionalmente garantidos. Antes de tudo, devem ser mostrados à Política criminal os limites de sua intervenção consumidora da liberdade. Este é o fio condutor do Estado de Direito (ALBRECHT, 2010, p. 9).

Em outros termos, pode-se dizer que o Direito Penal consulta a Criminologia sobre avaliações de sua racionalidade: a razoabilidade do combate à criminalidade, sua efetividade e a fundamentação da intervenção jurídico-penal, que constitui questão de legitimidade do sistema penal.

Lançados os fundamentos para a conclusão do presente trabalho, discorre-se, a seguir, acerca da (im)possibilidade de completa vedação ao retrocesso – ou, na esfera penal, da proibição ao recrudescimento de penas.

4.2 A impossibilidade da vedação absoluta

Não se pretendeu, com o presente trabalho, efetuar uma análise acerca das propostas legislativas que, de tempos em tempos, palpitam no cenário jurídico nacional.

Como se asseverou no subitem anterior, partindo da premissa de que já se sabe, com fundamentos extraídos da criminologia, porque não se deve promover o recrudescimento do sistema penal, o objetivo central deste artigo é o de fornecer uma resposta dogmática a esse problema tradicionalmente enfrentado pela criminologia: por que não se podem aumentar as penas?

Alcança-se, então o cerne o presente escrito: a (im)possibilidade de recrudescimento do sistema penal em face do princípio da vedação ao retrocesso.

Em face de tudo que aqui se expôs, compreende-se que, muito embora obste, em muitos casos, que se promovam retrocessos no ordenamento jurídico, o princípio da proibição de retrocesso não tem o condão de inviabilizar todo e qualquer recrudescimento do sistema penal.

Nesse sentido, rememora-se que são vedadas todas as reformas do ordenamento jurídico – e não somente em relação ao sistema penal – que restrinjam um direito fundamental a ponto de atingir-lhe seu núcleo fundamental, composto pela dignidade da pessoa humana.

Para transpor tal conclusão para o âmbito das penas, há que se ter em consideração que o seu recrudescimento promove, por um lado, um incremento da segurança pública; concomitantemente, restringe mais significativamente a liberdade daquele que for condenado pela prática do delito em questão.

Se tal restrição se operar sem que haja prejuízo ao núcleo fundamental do direito à liberdade – a dignidade da pessoa humana –, é, ao menos em tese e sob o aspecto da vedação ao retrocesso, viável.

Se, contudo, a pena é incrementada de forma tal que a dignidade da pessoa humana esteja em ameaça, o princípio da proibição de retrocesso veda tal recrudescimento.

Tais afirmações são, é evidente, bastante abstratas. Proporcionam uma lacuna, da qual surge o seguinte questionamento: como se saberá se a dignidade da pessoa humana estará violada com o recrudescimento de determinada pena?

A resposta se acha com espeque no princípio da proporcionalidade. Tal preceito, de aplicabilidade geral no Direito, determina, no Direito Penal, que haja uma congruência entre a gravidade abstrata dos delitos e a pena que lhes é cominada.

Como ensina Messuti (2010, p. 89), a esfera do Direito Penal é aquela em que se aplica maior racionalidade: medir a pena, torná-la proporcional à infração penal, equilibrar com crescente aproximação a equivalência entre as escalas de culpa e da pena – tudo isso é, sem dúvida, obra do entendimento.

Com efeito, desde a Lei de Talião busca-se a proporcionalidade das penas. A autora retro aludida ensina que se buscam nesses elementos – delito e pena – cuja natureza se concebe deliberadamente igual, uma pretendida igualdade quantitativa, que se alcança através de uma racionalização de proporcionalidade. A tarefa da experiência jurídica sob seu aspecto penal consiste em reafirmar, constantemente, essa racionalização de proporcionalidade (Messuti, 2010, p. 89).

A proporcionalidade é princípio atribuído ao Direito Penal desde o século XVIII, quando Beccaria (2013, p. 74) afirmava que "se a geometria pôde adaptar-se às infinitas e

obscuras combinações das ações humanas, deveria haver uma escala de penas que descendesse da mais forte à mais débil".

Assim, muito embora grande parte das reformas legislativas visem a um desproporcional recrudescimento de penas, não se pode generalizar tal circunstância. Cita-se, como exemplo de incremento de pena que passa pelo crivo do princípio da proibição do retrocesso, a Lei nº 13.104/2015, que incluiu o Feminicídio, conceituado como o homicídio cometido contra mulher por razões da condição de sexo feminino, consideradas presentes quando o crime envolve violência doméstica e familiar, bem como menosprezo ou discriminação à condição de mulher. Além de tipificar tal conduta, a norma incluiu tais circunstâncias como qualificadoras do crime de homicídio (art. 121, § 2º, do Código Penal), o que acarreta, igualmente, a compreensão daquele delito no rol dos crimes hediondos.

Considerações acerca da adequação de tal reforma a parte, parece evidente que, embora tenha incrementado as penas cominadas a determinada conduta, não o fez em violação à proporcionalidade – pelo contrário, conservou-a –, bem não representou ameaça à dignidade da pessoa humana daquele que for acusado e eventualmente condenado pela prática do crime de feminicídio, tamanha é sua gravidade abstrata.

Conclui-se, portanto, ao fim e cabo, que o princípio da proibição de retrocesso, embora, em gral, obste o recrudescimento do sistema penal, não o veda por completo; permite que assim se proceda conquanto haja observância do princípio da proporcionalidade – ou seja, desde que se preserve uma relação de congruência entre delito e pena. Pode-se dizer, a fim de melhor aclarar o que se conclui, o preceito em comento constitui uma proibição ao desproporcional e injustificado de retrocesso – e não a toda e qualquer inovação retrocessiva.

5 Referências bibliográficas

ALBRECHT, Peter-Alexis. **Criminologia**: uma fundamentação para o direito penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos, Helena Schiessl Cardoso. Curitiba: ICPC; Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

AMARAL, Ariel Carneiro. **Pena de morte**. Disponível em <http://carneiro.jusbrasil.com.br/artigos/111686526/pena-de-morte>. Acesso em 01 jun. 2015.

BALDAN, Edson Luis. **Investigação Defensiva**. *In*: NUCCI, Guilherme de Souza; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Org.). *Doutrinas Essenciais. Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. **O começo da história**: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito Brasileiro. SILVA, Luís Virgílio Afonso da (organizador). Interpretação constitucional. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas.** Tradução de Paulo M. Oliveira. São Pulo: Edipro, 2013.

BOCHENEK, Antônio Cesar; MORO, Sérgio Fernando. **O problema é o processo**. 29 mar. 2015. Disponível em < http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/o-problema-e-o-processo/ >. Acesso em 01 jun. 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2000.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. 37. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2009.

MESSUTI, Ana. **Algunas reflexiones sobre la pena y el pensamiento penal**. In: FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme de Souza (Org.). Doutrinas Essenciais: Direito Penal. v. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. Cap. 4. p. 87-114.

OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado de; SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton. **Direitos humanos e cidadania.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica**: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no Direito Constitucional Brasileiro. Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo, n. 57, p. 5-48, out./dez. 2006.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **A abolição da pena de morte no Brasil**. Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 18, n. 214, p.6-7, set. 2010. Disponível em <http://www.ibccrim.org.br/site/boletim/pdfs/Boletim214.pdf>. Acesso em 14 mai. 2015.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

_____. **Curso de Direito Constitucional Brasileiro**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SOUSA, Carlo Arruda. Aspecto históricos da pena de morte. Revista Âmbito Jurídico. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3423>. Acesso em 01 jun. 2015.

THEODORO JR., Humberto. **A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica**. Revista de Processo. v. 136. Jun. 2006. Disponível em: <http://revistadostribunais.com.br/maf/app/authentication/formLogin>.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. Trad. Vânia Romano Pedrosa. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

O TERRITÓRIO INDÍGENA NAS CONSTITUIÇÕES LATINO-AMERICANAS: UMA ABORDAGEM DECOLONIAL

Milena Barbi[*]
Thais Luzia Colaço[**]

Palavras-chave: direitos indígenas; constituições latino-americanas; decolonialidade.

Resumo: O presente artigo objetiva desenvolver uma análise comparativa do reconhecimento constitucional dos direitos territoriais indígenas nas constituições latino-americanas. Neste contexto, busca-se demonstrar a fundamentalidade do pensamento decolonial para o estabelecimento dos direitos indígenas no âmbito constitucional. Pretende-se, dessa forma, através de pesquisa bibliográfica, analisar direitos constitucionais que tratam do acesso dos povos indígenas ao território que tradicionalmente ocupam. Para fundamentar esse estudo comparativo, objetiva-se confrontar as garantias estabelecidas na Constituição Federal de 1988 com os direitos assegurados pela Constituição da Bolívia e estabelecer ainda um comparativo com a Constituição do Chile, que não contempla os direitos indígenas. A seguir, pretende-se interpretar tais ordenamentos a partir do conceito de decolonialidade jurídica e dos fundamentos da antropologia jurídica contemporânea, para, finalmente, demonstrar a fundamentalidade do pensamento decolonial no estabelecimento dos direitos territoriais indígenas.

Keywords: Indigenous rights; constitution; decoloniality

[*] Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Membro do Grupo de Pesquisa em Antropologia Jurídica (GPAJU) da UFSC. Bolsista do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC) do CNPq. Lattes: http://lattes.cnpq.br/6577876886022967.

[**] Graduada em História e Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Mestre em História pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Pós-doutora em Direitos Indígenas pela Universidad de Sevilla (UPO). Professora Titular da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) nos cursos de Pós-Graduação em Direito, de Graduação em Direito e Licenciatura Intercultural Indígena do Sul da Mata Atlântica. Coordenadora do Grupo de Pesquisa em Antropologia Jurídica (GPAJU) da UFSC. Lattes: http://lattes.cnpq.br/7473388019599779.

Abstract: This article aims to develop a comparative analysis of the constitutional recognition of indigenous land rights in Latin American constitutions. In this context, we try to demonstrate the fundamentality of the decolonial thought for the establishment of indigenous rights within the constitutional framework. It is intended, therefore, through bibliographic research, to analyze constitutional rights dealing with indigenous peoples' access to lands they traditionally occupy. To support this comparative study, we object to confront the guarantees established in the Federal Constitution of 1988 with the rights guaranteed by the Constitution of Bolivia and also establish a comparison with the Constitution of Chile, which does not embrace indigenous rights. Hereafter, we intend to interpret such law from the perspective of the concept of juridical decoloniality and the foundations of contemporary juridical anthropology, to finally demonstrate the fundamentality of the decolonial thought in the establishment of indigenous territorial rights.

1 Introdução

Os povos indígenas possuem uma relação especial com os espaços que tradicionalmente detiveram, ocuparam ou utilizaram e, por esta razão, os direitos sobre as terras, territórios e recursos naturais – que não podem ser dissociados – estão no centro das suas reivindicações (AGUILAR et al., 2010). Nesse sentido, o reconhecimento constitucional do acesso ao território indígena apresenta-se como pauta prioritária da luta dos povos indígenas pelo acesso aos seus direitos. Diante disso, o presente artigo busca tratar do acesso dos povos indígenas ao território que tradicionalmente ocupam, a partir de uma comparação entre as Constituições do Chile, Brasil e Bolívia.

Nesse contexto, insere-se como importante fator para a compreensão da temática o pensamento decolonial, uma vez que este busca conferir aos saberes considerados subalternos posição equivalente à do conhecimento ocidental. Neste artigo, mais especificamente, buscamos demonstrar a relação entre a assimilação do discurso descolonial no processo constituinte e o estabelecimento de efetivas garantias constitucionais de acesso ao território indígena. O estudo do discurso descolonial teve por

referencial teórico o autor Walter Mignolo e busca explicitar neste artigo a dimensão epistêmica da colonialidade.

Neste artigo, portanto, buscamos em um primeiro momento fazer uma exposição acerca do pensamento decolonial e suas origens, bem como da lógica da colonialidade e sua manutenção através da fundamentalidade do conceito de identidade em política exposto por Walter Mignolo. Em seguida, procuramos desenvolver uma exposição dos casos chileno, brasileiro e boliviano no que diz respeito às garantias constitucionais de acesso ao território indígena e demonstrar, finalmente, a importância do pensamento decolonial no processo constituinte e sua relação com a efetivação dos direitos indígenas.

2 A opção descolonial e a identidade em política

A partir da década de 1990, uma corrente de pensamento vem se destacando na América Latina. Tratam-se dos estudos "decoloniais" ou "descoloniais", que assumem uma perspectiva de crítica ao colonialismo tendo como ponto de referência a própria América Latina (COLAÇO; DAMÁZIO, 2012, p. 118).

Essa corrente teoriza a partir das heranças coloniais do Império espanhol e português na América Latina do século XVI ao XX. Essas reflexões discorrem principalmente sobre as heranças de "larga duração" que são transmitidas ao continente americano com o advento do processo de colonização e que se estendem, embora atravessem processos transformadores ao longo da história, até aquilo que a teoria social contemporânea denomina como "modernidade".

Nesse sentido, podemos falar na manutenção de uma chamada lógica da colonialidade. O conceito de colonialidade é inicialmente introduzido por Aníbal Quijano (QUIJANO, 1992) para indicar as continuidades históricas entre os tempos coloniais e o tempo presente, assim como para assinalar a dimensão epistêmica das relações coloniais de poder. Colonialidade é um termo que deve ser, portanto, distinguido de colonialismo, uma vez que, enquanto no pensamento eurocêntrico a palavra "colonial" remete somente ao colonialismo no seu sentido clássico, os autores decoloniais trabalham com a noção de colonialidade em um sentido muito mais amplo e complexo.

Enquanto colonialismo refere-se especificamente a períodos históricos e a lugares de domínio imperial (como o domínio português, espanhol, britânico e, desde o início do século XX, estadunidense), colonialidade diz respeito a uma estrutura lógica de domínio colonial que independe de sua manifestação histórica e que impõe o controle, a dominação, a exploração e a produção de uma certa classificação racial da humanidade (MIGNOLO, 2007, p. 33).

É possível compreender como a lógica da colonialidade sustenta-se através da história, se considerarmos as mudanças da retórica da modernidade. No século XVI, a retórica salvacionista da modernidade enfatizava a conversão ao cristianismo, ao passo que, no século XVIII, a salvação passa a ser pensada em termos de conversão à civilização. Após a Segunda Guerra Mundial, a retórica salvacionista da modernidade celebra o desenvolvimento como condição da modernização e hoje, após a queda da URSS, há ênfase na tríade desenvolvimento, democracia e mercado (MIGNOLO, 2008a, p. 243).

Houve ainda mudanças nas relações de produção e no controle da economia, bem como nas relações de autoridade, ou seja, no controle político. Em suma, mudaram os "conteúdos", mas não os "termos da conversa", o que significa dizer que a lógica da colonialidade sustenta-se independentemente da retórica adotada pela modernidade.

Visando romper com esta lógica, surge o pensamento descolonial na exterioridade do capitalismo global. Walter Mignolo enfatiza que o pensamento descolonial não surge fora, mas sim na exterioridade, uma vez que a exterioridade corresponde ao pensamento daqueles que foram classificados fora no processo epistêmico político de definir o que está dentro. Na opção descolonial é assumido que não há o "fora", mas que o pensamento surge a partir da criação do fora pelo dentro, ou seja, na fronteira. Não obstante, não há igualdade de condições para os dois lados nesta fronteira, e é a partir dessa desigualdade que aqueles que foram deixados de fora do jogo e das decisões reclamam seus direitos epistêmicos (e não privilégios). Segundo o autor:

> Descolonização, ou melhor, descolonialidade, significa ao mesmo tempo: a) desvelar a lógica da colonialidade e da reprodução da matriz colonial do poder (que, é claro, significa uma economia capitalista); e b) desconectar-se dos efeitos totalitários das subjetividades e categorias de pensamento ocidentais (por exemplo, o bem sucedido e progressivo sujeito e prisioneiro cego do consumismo) (MIGNOLO, 2008b, p. 313).

A colonialidade apoia-se no conhecimento e nas teorias que se estabeleceram a partir da língua grega e latina e foram elaborados nas seis línguas imperiais (italiano, castelhano e português durante o Renascimento; francês, inglês e alemão no Iluminismo). A partir disso, é possível executar a manutenção da ideia do fundamentalismo eurocentrista de um universal abstrato e neutro que se aplica e beneficia a todos os habitantes do planeta. A decolonialidade, por sua vez, desenvolve-se a partir de todas as línguas, memórias, saberes, gente e lugares do planeta que foram gradativamente subalternizados pela expansão europeia e norte-americana.

A opção descolonial trata-se de uma opção justamente por rejeitar uma única maneira de ler a realidade. Nesse sentido, a opção descolonial pode ser caracterizada como um paradigma de coexistência. O pensamento fronteiriço e a opção descolonial estão em conflito com pensamentos totalizantes, criadores de totalidade e de acordo com Walter Mignolo a opção descolonial:

> [...] é um pensamento que assume a objetividade entre parênteses: creio no que creio e defendo o que creio, e entendo que frente à minha postura há outra equivalente de alguém que defende suas crenças, mas sabe que a sua não é a única maneira de ler a realidade (MIGNOLO, 2008a, p. 246).

Isso é o que caracteriza o espaço do diálogo pluriversal. Em contraste a este há os pensamentos que assumem a objetividade sem parênteses: os espaços universais. Segundo estes, há uma única maneira de ler a realidade e a possibilidade de alguém não aceitá-la, não estar de acordo ou desafiá-la é temida.

Nas explorações descoloniais do duo modernidade-colonialidade, há que se considerar dois momentos distintos. Em um primeiro momento, iniciado por Aníbal Quijano, a noção de padrão colonial de poder foi introduzida. Quijano, enfatizando as esferas do controle da economia e do controle da autoridade, definiu o eurocentrismo em termos epistêmicos e históricos: de controle do conhecimento e da subjetividade. Nesse sentido, o pensamento descolonial caracterizou-se pelo desprendimento do eurocentrismo como esfera do conhecimento, a partir do qual é possível controlar a economia, a autoridade, o gênero e a sexualidade, em suma, a subjetividade.

Em um segundo momento, Santiago Castro-Gómez se ocupou em esclarecer as relações, na matriz colonial de poder, entre a dominação material e a dominação epistêmica. Castro-Gómez destaca a importância do conhecimento no controle da

subjetividade e, por consequência, no controle da economia e da autoridade. A partir deste ponto, Walter Mignolo aponta que a matriz colonial deixa para trás o legado da distinção entre estrutura e superestrutura e destaca as complexas inter-relações nas esferas da matriz colonial de poder.

Nesse contexto, os estudos descoloniais buscam inserir-se no mundo acadêmico como uma alternativa que se contrapõe a estas narrativas universalistas e represente uma nova perspectiva de pensamento não apenas para a América Latina, mas para as ciências sociais e humanas como um todo.

> [...] Isso não significa dizer que o trabalho deste grupo é apenas de interesse para as supostamente universais ciências sociais e humanas, mas que o grupo pretende intervir de forma decisiva nos discursos da ciência moderna para criar outro espaço para a produção de conhecimento, uma forma distinta de pensamento, "um paradigma outro", a própria possibilidade de falar sobre "mundos e conhecimentos de uma outra maneira" (ESCOBAR, 2003 *apud* COLAÇO; DAMÁZIO, 2012, p. 120).

Colaço e Damázio apontam que a potencialidade dos estudos decoloniais é a elaboração de conceitos e reflexões que proporcionam a crítica de um *locus* de enunciação privilegiado. A partir dessa problematização é que se insere o discurso decolonial, ou seja, uma corrente de pensamento que a partir de uma linguagem e de uma lógica outra que surge a partir dos saberes locais, sem pretensões universalistas (COLAÇO; DAMAZIO, 2012, p.123-124).

Diante desta crítica, a compreensão dos discursos jurídicos pretensamente universais como construções produzidas a partir das relações coloniais torna-se possível. Nesse sentido, pode-se pensar em uma perspectiva diferente de compreensão do direito, uma vez que permite a sua interpretação a partir de distintas formas de conhecimento, inimagináveis para o direito ocidental.

> Porém, pensar o "direito" a partir dos saberes locais não significa propiciar somente a entrada de tais saberes no oficial, na academia, nas constituições e no estado. A decolonialidade vai além da inclusão de pessoas e saberes não ocidentais em lugares tradicionalmente deslocalizados, ou melhor, com a pretensão de se localizar no ponto zero do conhecimento. Mesmo sendo iniciativas interessantes, pois "abrem" espaços, é necessário ir além e decolonizar o conhecimento, questionando epistemicamente as relações coloniais (COLAÇO; DAMÁZIO, 2012, p. 186).

Walter Mignolo evidencia a dimensão epistemológica da decolonialidade e a produção identitária de subjetividades ao enfatizar a fundamentalidade da identidade em política para a opção descolonial. Esta imprescindibilidade da identidade em política deve-se ao fato de que, não havendo a construção de teorias políticas e a organização de ações políticas fundamentadas em identidades que foram alocadas por discursos imperiais, pode ser impossível desnaturalizar a construção racial e imperial da identidade no mundo moderno em uma economia capitalista (MIGNOLO, 2008b, p. 289).

A identidade em política difere da política de identidade visto que o controle deste reside essencialmente na construção de uma identidade que não se pareça como tal, mas como a aparência "natural" do mundo. Isto é, ser branco, heterossexual e do sexo masculino apresentam-se como as principais características de uma política de identidade que aponta identidades tanto similares quanto opostas como essencialistas e fundamentalistas. Não obstante, a política identitária dominante não se manifesta como tal, mas através de conceitos universais abstratos (MIGNOLO, 2008b, p. 289).

Nesse sentido, uma das grandes realizações da razão imperial foi afirmar-se como uma identidade superior ao construir construtos inferiores e expulsá-los da esfera normativa do "real". Walter Mignolo aponta que, ainda que não haja algo fora do sistema, há muitas exterioridades, ou seja, a construção de uma posição epistêmica subalterna por uma hegemonia epistêmica que, ao erigir um exterior, assegura sua interioridade (MIGNOLO, 2008b, p. 291).

A opção descolonial é epistêmica, isto é, desvincula-se dos fundamentos genuínos dos conceitos ocidentais e da acumulação de conhecimento, e hoje já se apresenta como uma forma de pensamento que não se sujeita às categorias gregas do pensamento. Em confrontação com categorias de pensamento do ocidente, línguas marginalizadas e denegridas, religiões e formas de pensar estão sendo reinscritas (MIGNOLO, 2008b, p. 296-297).

Uma das consequências da fratura da teoria política segundo a qual o Estado moderno foi fundado e perpetuado sob a ilusão de que era um estado neutro, objetivo e "democrático" pela identidade em política é o Estado Plurinacional, que se encontra já bastante avançado na Bolívia e no Equador.

> Ao associar a descolonialidade com a identidade em política, a opção descolonial revela a identidade escondida sob a pretensão de teorias democráticas universais ao mesmo tempo que constrói identidades racializadas que foram erigidas pela hegemonia das categorias de pensamento, histórias e experiências do ocidente (MIGNOLO, 2008b, p. 297).

3 Análise comparativa dos casos chileno, brasileiro e boliviano

Buscamos aqui estabelecer uma comparação entre o caso chileno, brasileiro e boliviano, no que diz respeito ao reconhecimento constitucional do direito ao território indígena, apoiando-se, majoritariamente, na análise do texto constitucional.

No Chile, a questão indígena permaneceu oculta por um longo período de tempo. De acordo com Cristián Román Cordero, isso se deve essencialmente ao fato de que o direito republicano reconheceu como princípio básico a igualdade perante a lei em termos gerais, de forma que os povos indígenas não foram conceituados como tais, e sim como camponeses. Esse apagamento constitucional dos povos indígenas é provavelmente influenciado por uma ideia inicial de formar uma nação unitária e homogênea. Nesse sentido, a legislação constitucional não fez distinção dos membros de tais povos originários e muito menos os reconheceu juridicamente (CORDERO, 2014, p. 138).

O tratamento institucional das questões indígenas no Chile, apesar de contar com algum progresso, ainda não culminou no reconhecimento constitucional dos povos originários. Tramitam no país vários projetos de reforma constitucional sobre o reconhecimento dos povos originários, mas ficam evidentes as posições politicamente antagônicas a respeito do tema quando analisamos dois dos projetos de lei mais importantes. Enquanto um deles apenas reconhece e valoriza a contribuição dos povos indígenas nativos[1], o outro, conforme dispõe o Boletim Nº 5522-07 da Câmara de

[1] De acordo com o Boletim Nº 5324-07 da Câmara de Deputados do Chile, este projeto dispõe:
Artículo Primero:
Modifícase el artículo 2º de la Constitución, introduciéndose los siguientes incisos primeros y segundos, pasando el actual a ser el inciso tercero:
"La Nación chilena, una e indivisible, reconoce y valora la contribución de los pueblos indígenas originarios, definidos como grupos de culturas anteriores a la organización del Estado y a la conformación del pueblo chileno. Es deber del Estado respetar la identidad, cultura y tradiciones de sus raíces ancestrales".

Deputados do Chile, reconhece constitucionalmente a existência dos povos originários, cujo teor é o seguinte:

> Artículo único. Introdúcense las siguientes modificaciones a la constitución política de la república:
> 1. Agregase el siguiente inciso cuarto al art. 3º:
> "la nación chilena es multicultural.
> El estado reconoce la existencia de los pueblos indígenas que habitan su territorio y el derecho de los pueblos, comunidades y personas indígenas a conservar, desarrollar y fortalecer su identidad, idiomas, instituciones y tradiciones sociales y culturales"
> 2. Agrégase el siguiente nuevo inciso 10º al artículo 19 nº 24, pasando el actual a ser 11º en el siguiente sentido:
> "con todo, la ley deberá proteger las tierras y derechos de aguas de las personas y comunidades indígenas".

Este projeto contou com a resistência de alguns deputados, os quais se opuseram alegando que a partir da sua redação poderia ser inferido o direito à autodeterminação política de tais povos, a partir da qual estaria colocado o risco do estabelecimento de um estado dentro de outro. A isso, Cristián Román Cordero responde que, conforme sustentou o Tribunal Constitucional do Chile[2], a expressão "povo", empregada pela Convenção nº 169 da OIT e que pode ser empregada igualmente a esta discussão, não deve ser entendida no sentido outorgado pelo direito internacional, segundo o qual um povo constitui uma entidade coletiva autônoma entre os indivíduos e o Estado e detém poderes públicos; trata-se, pois, de um conjunto de indivíduos ou grupos de pessoas com certa unidade cultural.

[2] A sentença Rol Nº 309 do Tribunal Constitucional assim dispôs:
"44º Que todo lo expuesto y, especialmente, los propios de la Convención Nº 169 cuestionada, es suficiente para que este Tribunal llegue a la íntima convicción que la expresión "pueblos indígenas", debe ser considerada en el ámbito de dicho tratado, como un conjunto de personas o grupos de personas de un país que poseen en común características culturales propias, que no se encuentran dotadas de potestades públicas y que tienen y tendrán derecho a participar y a ser consultadas, en materias que les conciernan, con estricta sujeción a la Ley Suprema del respectivo Estado de cuya población forman parte. Ellos no constituyen un ente colectivo autónomo entre individuos y el Estado.
46º Que las disposiciones del Convenio Nº 169 transcritas en el considerando precedente son suficientemente claras como para concluir que los pueblos indígenas, al igual que sus connacionales quedan enteramente sometidos al ordenamiento constitucional vigente y demuestran, asimismo, que no están dotados de potestades públicas propias. Los derechos de los pueblos indígenas de participación y de ser consultados, en las materias que les conciernen, no configuran, por cierto, un estatuto de poderes o potestades públicas. Así, también, parece que lo entienden los propios requirentes, ya que las normas relativas a estas materias se objetan, por modificar preceptos propios de leyes orgánicas constitucionales y haber sido calificadas como propias de ley común lo que está en contraposición con la idea de que ellas modificarían la Carta Fundamental".

No Brasil, diferentemente do Chile, a situação dos povos indígenas conta com algum respaldo constitucional, uma vez que estes são reconhecidos, através de um capítulo da Constituição inteiramente dedicado a eles. A questão do território indígena é disciplinada pelo artigo 231, que assim dispõe:

> Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.
> § 1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.
> § 2º As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.
> § 3º O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.
> § 4º As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.
> § 5º É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, "ad referendum" do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.
> § 6º São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé.
> § 7º Não se aplica às terras indígenas o disposto no art. 174, § 3º e § 4º (BRASIL, 1988).

Nesse sentido, a Constituição de 1988 rompe com o paradigma que orientou a política indigenista dos quinhentos anos de contato, sendo este, notadamente, o da integração. Além disso, a ruptura deste paradigma pode ser constatada através da possibilidade de reconhecimento dos direitos coletivos, em contraposição aos direitos individuais, também assegurada pela Constituição. Não obstante, esse reconhecimento do direito dos indígenas à sua não integração à sociedade nacional e à titularidade de direitos

coletivos não foi e não é prontamente entendida, interpretada e executada pelo Estado e seus poderes, tendo em vista que o Legislativo tem se omitido de regulamentar os direitos criados, o Executivo continua interpretando as normas constitucionais segundo o paradigma da integração e o Judiciário continua a sair em defesa da propriedade privada individual, sobrepondo-a a coletiva.

De acordo com Carlos Marés, não obstante a Constituição de 1988 ter criado esta ruptura com o paradigma da integração, esta tem em sua estrutura algumas brechas. Nesse sentido podemos elencar algumas delas, iniciando pela criação de direitos não regulamentados pela Constituição, impossibilitando a sua efetivação. Além disso, Marés aponta ainda que o texto constitucional dá margem a interpretações que valorizam a primazia da propriedade individual sobre a coletiva. Isso se deve ao fato de que o texto confunde ou permite que intérpretes influenciados pelo velho sistema confundam produtividade com função social da propriedade, fazendo com que aquela, por sua vez confundida com rentabilidade, passe-se por esta de conotação evidentemente social e coletiva, tornando ineficaz a subordinação da propriedade privada individual e, portanto, coletiva. Essa valorização da propriedade individual em detrimento da coletiva pode ser constatada ainda em outro momento, quando, depois de conceituar a terra indígena com precisão e abrangência segundo os usos e costumes do próprio povo, entrega à União a competência de demarcá-las (MARÉS, 2002, p. 50-51).

Finalmente, constatamos a singularidade do caso boliviano dentro da presente exposição a partir da análise da sua Constituição. É reconhecido já no preâmbulo constitucional não só o reconhecimento dos povos indígenas, mas também o compromisso de construir um Estado Plurinacional comprometido com a livre determinação dos povos, conforme podemos depreender do seguinte excerto:

> El pueblo boliviano, de composición plural, desde la profundidad de la historia, inspirado en las luchas del pasado, en la sublevación indígena anticolonial, en la independencia, en las luchas populares de liberación, en las marchas indígenas, sociales y sindicales, en las guerras del agua y de octubre, en las luchas por la tierra y territorio, y con la memoria de nuestros mártires, construimos un nuevo Estado.
> [...] Dejamos en el pasado el Estado colonial, republicano y neoliberal. Asumimos el reto histórico de construir colectivamente el Estado Unitario Social de Derecho
> Plurinacional Comunitario, que integra y articula los propósitos de avanzar hacia una Bolivia democrática, productiva, portadora e inspiradora de la paz, comprometida con el desarrollo integral y con la libre determinación de los pueblos (BOLÍVIA, 2009).

No mesmo sentido colocam-se já os primeiros artigos da Constituição, os quais dispõem sobre o modelo de Estado, versando ainda sobre o reconhecimento e consolidação das entidades territoriais das nações e povos indígenas:

> Artículo 1. Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías. Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país.
> Artículo 2. Dada la existencia precolonial de las naciones y pueblos indígena originario campesinos y su dominio ancestral sobre sus territorios, se garantiza su libre determinación en el marco de la unidad del estado, que consiste en su derecho a la autonomía, al autogobierno, a su cultura, al reconocimiento de sus instituciones y a la consolidación de sus entidades territoriales, conforme a esta constitución y la ley (BOLÍVIA, 2009).

Nesse sentido, temos que a Nova Constituição Política da Bolívia incorpora a proposta de constitucionalização da realidade através de quatro cenários políticos: o plurinacional, como a constitucionalização de formas de governo próprias dos povos indígenas, originários e camponeses; o comunitário, como a constitucionalização da redistribuição da riqueza social produzida no país; a descolonização, como fim essencial do Estado em economia, política e sociedade; e a democracia igualitária, vista como um passo qualitativamente superior à democracia participativa (VARGAS, 2009, p. 160).

No contexto da Assembleia Constituinte e pelo lado das organizações camponesas, indígenas e originárias, a proposta de articulação do discurso da descolonização se deu, portanto, através do Estado Plurinacional. Conforme Fernando Garcés, entende-se aqui o Estado Plurinacional como

> [...] um mecanismo válido para transcender o modelo de Estado liberal e monocultural com fundamento no cidadão individual; isso, mediante a constatação de que o modelo liberal é o que impusera a cultura ocidental, marginalizando e debilitando as culturas originais e os sistemas políticos e jurídicos dos povos indígenas. Do mesmo modo, a divisão político administrativa do Estado-nação impôs fronteiras que desfizeram unidades territoriais tradicionais e racharam a autonomia dos povos e o controle sobre a terra e os recursos naturais. Esse arcabouço de despojo caminhou de mãos dadas com a imposição de um sistema jurídico uniforme, e de alguns modelos de governo e administração da justiça alheios aos povos indígenas e em favor das leis de mercado, que têm privado e privam os

> povos de seus meios de subsistência, deteriorando sua qualidade de vida (GARCÉS, 2009, p. 175-176)

Entendendo o Estado Plurinacional no sentido acima proposto, podemos considerá-lo um modelo de organização política para descolonizar nações e povos originários, recuperar sua autonomia territorial, garantir o exercício pleno de todos os seus direitos como povos e exercer suas próprias formas de autogoverno. Nesse cenário, temos que um dos elementos fundamentais para a concretização do Estado Plurinacional é o acesso à terra, ao território e aos recursos naturais, uma vez que isto proporcionaria o fim do latifúndio e a concentração da terra em poucas mãos, bem como o rompimento com o monopólio de controle dos recursos naturais em benefício de interesses privados (GARCÉS, 2009, p. 176).

No que diz respeito aos direitos territoriais indígenas propriamente ditos, a Nova Constituição Política da Bolívia estabelece uma série de garantias, conforme os artigos 30 e 31:

> Artículo 30. I. Es nación y pueblo indígena originario campesino toda la colectividad humana que comparta identidad cultural, idioma, tradición histórica, instituciones, territorialidad y cosmovisión, cuya existencia es anterior a la invasión colonial española.
> II. En el marco de la unidad del Estado y de acuerdo con esta Constitución las
> naciones y pueblos indígena originario campesinos gozan de los siguientes derechos:
> 1. A existir libremente.
> 2. A su identidad cultural, creencia religiosa, espiritualidades, prácticas y costumbres, y a su propia cosmovisión.
> 3. A que la identidad cultural de cada uno de sus miembros, si así lo desea, se
> inscriba junto a la ciudadanía boliviana en su cédula de identidad, pasaporte u otros documentos de identificación con validez legal.
> **4. A la libre determinación y territorialidad.**
> 5. A que sus instituciones sean parte de la estructura general del Estado.
> **6. A la titulación colectiva de tierras y territorios.**
> 7. A la protección de sus lugares sagrados.
> 8. A crear y administrar sistemas, medios y redes de comunicación propios.
> 9. A que sus saberes y conocimientos tradicionales, su medicina tradicional, sus idiomas, sus rituales y sus símbolos y vestimentas sean valorados, respetados y promocionados.
> 10. A vivir en un medio ambiente sano, con manejo y aprovechamiento adecuado de los ecosistemas.
> 11. A la propiedad intelectual colectiva de sus saberes, ciencias y conocimientos, así como a su valoración, uso, promoción y desarrollo.

> 12. A una educación intracultural, intercultural y plurilingüe en todo el sistema educativo.
> 13. Al sistema de salud universal y gratuito que respete su cosmovisión y prácticas tradicionales.
> 14. Al ejercicio de sus sistemas políticos, jurídicos y económicos acorde a su cosmovisión.
> **15. A ser consultados mediante procedimientos apropiados, y en particular a través de sus instituciones, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles. En este marco, se respetará y garantizará el derecho a la consulta previa obligatoria, realizada por el Estado, de buena fe y concertada, respecto a la explotación de los recursos naturales no renovables en el territorio que habitan.**
> **16. A la participación en los beneficios de la explotación de los recursos naturales en sus territorios.**
> **17. A la gestión territorial indígena autónoma, y al uso y aprovechamiento exclusivo de los recursos naturales renovables existentes en su territorio sin perjuicio de los derechos legítimamente adquiridos por terceros.**
> 18. A la participación en los órganos e instituciones del Estado.
> III. El Estado garantiza, respeta y protege los derechos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos consagrados en esta Constitución y la ley.
> Artículo 31. I. Las naciones y pueblos indígena originarios en peligro de extinción, en situación de aislamiento voluntario y no contactados, serán protegidos y respetados en sus formas de vida individual y colectiva.
> **II. Las naciones y pueblos indígenas en aislamiento y no contactados gozan del derecho a mantenerse en esa condición, a la delimitación y consolidación legal del territorio que ocupan y habitan** (BOLÍVIA, 2009, grifo nosso).

Diante desse contexto, portanto, é que pretendemos demonstrar a influência do discurso decolonial na efetivação de garantias constitucionais de acesso ao território indígena.

4 Considerações finais

Diante do exposto, extraímos algumas conclusões relevantes no que concerne à temática discutida.

Em primeiro lugar, fica evidente o caráter epistêmico da colonialidade no que diz respeito à manutenção do paradigma integracionista e no processo histórico de negação do acesso ao território pelos povos indígenas. O estudo do conceito de identidade em política realizado por Walter Mignolo nos fornece elementos para a compreensão da construção

dessa lógica de manutenção da colonialidade através do desenvolvimento de teorias pretensamente universais e da subalternização dos saberes locais.

A seguir, a partir da análise dos casos chileno, brasileiro e boliviano, é possível estabelecer uma relação direta da influência do discurso decolonial na efetivação de garantias constitucionais de acesso ao território indígena. A negligência do reconhecimento dos povos originários do texto constitucional chileno em contraposição aos direitos assegurados pela Constituição do Brasil demonstra que a participação dos povos indígenas no processo constituinte resulta, ainda que em pequena escala, no despertar de uma preocupação mínima com o estabelecimento de direitos essenciais a estes povos e comunidades.

É a partir da Constituição da Bolívia, no entanto, que podemos sustentar nossa argumentação com propriedade. A influência do discurso decolonial torna-se evidente com a mera leitura do preâmbulo do texto constitucional. A preocupação em assegurar já no primeiro capítulo, que dispõe sobre o modelo de Estado, a construção de um Estado Plurinacional fundado nos princípios expostos neste artigo, demonstra que o diálogo com os saberes historicamente marginalizados é fundamental para a construção de um Estado que busca reparar sua dívida histórica e romper com o paradigma integracionista instituído com o advento da colonização. É nesse cenário que os direitos dos povos indígenas de acesso e gestão do seu território tornam-se viáveis e são tratados de acordo com sua importância.

Apesar do grande passo que o texto constitucional boliviano deu no estabelecimento de direitos concernentes ao acesso territorial pelos povos indígenas, é preciso ressaltar que, de acordo com Dominique Tilkin Gallois, o contato coloca um grupo indígena diante de lógicas espaciais diferentes da sua, as quais passam a ser expressas também em termos territoriais. Nesse sentido, temos que o contato torna-se um contexto de confronto destas lógicas espaciais distintas. Por esta razão é que, finalmente, concordamos com o apontamento feito por Gallois de que as diversas formas de regulamentar a questão territorial indígena implementadas pelos Estados Nacionais não podem ser visualizadas meramente a partir do ângulo de reconhecimento do direito à terra, mas também como tentativa de solução desse confronto.

5 Referências bibliográficas

AGUILAR, Gonzalo et al. **Análisis comparado del reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas en América Latina.** 2010. Disponível em: <http://www.ssrc.org/workspace/uploads/docs/Análisis_Comparado_del_Reconocimiento_Constitucional_de_los_Pueblos_Indigenas_en_América_Latina _Dec 2010_CPPF_Briefing_Paper_f.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2015.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 25 mar. 2015.

BOLÍVIA. Constituição (2009). **Nueva Constitución Política del Estado**. Disponível em: <http://www.justicia.gob.bo/index.php/normas/doc_download/35-nueva-constitucion-politica-del-estado>. Acesso em: 25 mar. 2015.

CHILE. Constituição (1980). **Constitución Política de la República de Chile**. Disponível em: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=17039&idVersion=1980-10-24>. Acesso em: 25 mar. 2015.

CHILE. Tribunal Constitucional de Chile. Sentença Rol nº 309. **Diario Oficial de la República de Chile**. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/ver.php?id=310>. Acesso em: 21 maio 2015.

COLAÇO, Thais Luzia; DAMÁZIO, Eloise da Silveira Petter (Org.). **Novas Perspectivas para a Antropologia Jurídica na América Latina: o Direito e o Pensamento Decolonial**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012. Disponível em: <http://funjab.ufsc.br/wp/wp-content/uploads/2012/05/VD-Novas-Perspectivas-FINAL-02-08-2012.pdf>. Acesso em: 09 abr. 2015.

CORDERO, Cristián Román. **Reconocimiento constitucional de los pueblos originarios en Chile**. Revista de Derecho Público, p. 137-147, jun. 2014. Disponível em: <http://revistaderechopublico.uchile.cl/index.php/RDPU/article/view/31683/33455>. Acesso em: 21 maio 2015.

GALLOIS, Dominique Tilkin. Terras ocupadas? Territórios? Territorialidades? In: RICARDO, Fany (Org.). **Terras Indígenas e Unidades de Conservação da Natureza**: O desafio das sobreposições territoriais. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2004. p. 37-41. Disponível em: <http://site-antigo.socioambiental.org/banco_imagens/pdfs/10144.pdf>. Acesso em: 24 maio 2015.

GARCÉS, Fernando. Os esforços de construção descolonizada de um Estado plurinacional na Bolívia e os riscos de vestir o mesmo cavalheiro com um novo paletó. In: VERDUM, Ricardo

(Org.). **Povos Indígenas**: Constituições e Reformas Políticas na América Latina. Brasília: Instituto de Estudos Socioeconômicos, 2009. p. 167-192.

MARÉS, Carlos. As novas questões jurídicas nas relações dos Estados nacionais com os índios. In: LIMA, Antonio Carlos de Souza; BARROSO-HOFFMANN, Maria (Org.). **Além da Tutela:** bases para uma nova política indigenista III. Rio de Janeiro: Contra Capa Livraria, 2002. p. 49-61. Disponível em: <http://laced.etc.br/site/arquivos/05-Alem-da-tutela.pdf>. Acesso em: 25 maio 2015.

MIGNOLO, Walter. El pensamiento decolonial: desprendimiento y apertura. Um manifiesto. In: CASTRO-GÓMEZ, Santiago; GROSFOGUEL; Ramón (Orgs.). **El giro decolonial**. Reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global. Bogotá: Siglo del Hombre-Iesco-Pensar, 2007. p. 25-45.

_____. **Novas reflexões sobre a "idéia da América Latina"**: a direita, a esquerda e a opção descolonial. Caderno CRH, Salvador, v. 21, n. 53, p. 239-252, maio/ago., 2008a.

_____. **Desobediência epistêmica: a opção descolonial e o significado de identidade em política**. Cadernos de Letras da UFF: Dossiê: Literatura, língua e identidade, n. 34, p. 287-324, 2008b.

QUIJANO, Aníbal. **Colonialidad y modernidad/racionalidad**. Perú indígena, 13, n. 29, p. 11-20, 1992.

VARGAS, Idón Moisés Chivi. Os caminhos da descolonização na América Latina: os povos indígenas e o igualitarismo jurisdicional na Bolívia. In: VERDUM, Ricardo (Org**.). Povos Indígenas**: Constituições e Reformas Políticas na América Latina. Brasília: Instituto de Estudos Socioeconômicos, 2009. p. 151-166.

ORGANISMOS GENETICAMENTE MODIFICADOS (OGM) NA SOCIEDADE DE RISCO: ANÁLISE SOB AS PERSPECTIVAS DO DIREITO E DA JUSTIÇA AMBIENTAL

Ana Paula Rengel Gonçalves[*]
Thaís Dalla Corte[**]

Palavras-chave: Direito Ambiental; justiça ambiental; sociedade de risco; organismos geneticamente modificados.

Resumo: Os organismos geneticamente modificados (OGMs) são vetores de risco na sociedade pós-moderna. Plantas, animais, alimentos, entre outros, estão sendo manipulados, sendo que esses procedimentos biotecnológicos ainda são considerados recentes. Apesar de suas experiências terem sido propulsionadas a partir do século XX, sua apropriação massiva pelo mercado e, em consequência, seu contato com a população, disseminou-se no século XXI. Os efeitos dos processos de modificação genética, caracterizados por serem amplamente desconhecidos, não são, necessariamente, imediatos; dessa forma, muitas vezes, eles protraem-se no tempo, o que torna a sua regulação jurídica e gestão complexa. Até mesmo as futuras gerações encontram-se suscetíveis, mediante as incertezas que permeiam os resultados das alterações das propriedades genéticas das espécies, a efeitos nocivos em sua saúde e ao ambiente que irão habitar. Diante desse contexto, pode-se evidenciar que os OGMs apresentam características típicas da sociedade de risco, pois seus efeitos, em grande parte, são: abstratos, incalculáveis, transfronteiriços, atemporais, transgeracionais, imprevisíveis, cumulativos etc. Como complicador transversal desse cenário, deve-se considerar que há pessoas que se encontram mais suscetíveis ainda a esses riscos do que outras, em razão, exemplificativamente, de situações econômicas e educacionais, o que demanda que a questão dos OGMs seja analisada, também, sob a perspectiva da justiça ambiental. Nesse panorama, quer-se realçar que os riscos não

[*] Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal de Santa Catarina (PPGD/UFSC). Bolsista CNPq. Lattes: http://lattes.cnpq.br/9253051524987059.
[**] Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal de Santa Catarina (PPGD/UFSC). Bolsista CNPq. Lattes: http://lattes.cnpq.br/9253051524987059.

incidem igualmente sobre todos. Nesse sentido, este artigo, no ramo das Ciências Jurídicas e Sociais, em especial na linha de Direito Ambiental, com base no método de abordagem indutivo e na técnica de pesquisa bibliográfica, tem por objetivo o estudo dos Organismos Geneticamente Modificados (OGMs) sob as perspectivas da sociedade de risco e da justiça ambiental. Em conclusão, verifica-se que os OGMs necessitam ser geridos de forma mais cautelosa pelo Direito, bem como que devem ser aplicados a eles as estratégias e os objetivos propostos pela justiça ambiental, a qual, nesse tema, ainda é incipiente.

Keywords: Environmental Law; environmental justice; risk society; genetically modified organisms.

Abstract: Genetically modified organisms (GMOs) are risk vectors in postmodern society. Plants, animals, foods, among others, are being handled, and these biotechnological procedures are still considered new. Although their experiences have been propelled from the XX century, its massive appropriation by the market and, consequently, their contact with the population, has spread in the XXI century. The effects of the genetic modification process, characterized by being largely unknown, aren't necessarily immediate; thus, often they protrude in time, which makes its administration and legal regulation complex. Even future generations are susceptible by the uncertainties that permeate the results of changes in the genetic properties of species, the harmful effects on your health and the environment that will inhabit. In this context, one can show that GMOs present typical characteristics of risk society, because their effects largely are: abstract, incalculable, border, timeless, transgenerational, unpredictable, cumulative etc. As cross complicating this scenario, must consider that some people are more susceptible even than others to these risks, because, as example of economic and educational situations, which demand that the issue of GMOs to be examined, too, from the perspective of environmental justice. In this scenario, wants to highlight that the risks are not subject to equally over all. In this sense, this article in the branch of Legal and Social Sciences, particularly in Environmental Law line, based on inductive method of approach and in the technical research, aims to study Genetically Modified Organisms (GMOs) under the perspectives of risk society and environmental justice. In conclusion, this research means that GMOs need to be managed more cautiously

by law, and that should be applied to them the strategies and objectives proposed for environmental justice, in this matter, which is still incipient.

1 Introdução

Os organismos geneticamente modificados (OGMs) fazem parte do cotidiano humano. Na produção e no consumo de alimentos, a manipulação biotecnológica – a qual iniciou em 1953, com a pesquisa de Watson e Crick sobre o modelo helicoidal da molécula de DNA – consolidou-se com a Revolução Verde (ocorrida nas décadas de 1960-1970, objetivando a ampliação da produção agrícola no mundo). Acontece que, apesar de aparentarem serem facilitadores no acesso a esses bens (como, especificamente, a vegetais, a cereais, a frutas, a carnes (bovina, suína, de aves), entre outros), que são essenciais para a dieta humana (tanto no ocidente, como, ainda que mais recentemente, no oriente)[1], os OGMs, na verdade, são vetores de riscos, concretos e abstratos, na sociedade pós-moderna.

Os seus malefícios para a saúde humana e ao meio, mormente a populações mais vulneráveis (como pequenos e médios agricultores, gestantes, idosos etc.), apesar de denunciados por vários movimentos socioambientais, principalmente diante da sua exploração intensa pelo mercado capitalista e global (em razão dos rápidos retornos financeiros que esse segmento lhe rende), são desconsiderados. Nesse contexto, emerge a necessidade da regulação dos conflitos que decorrem do contato e do consumo deles não somente pela perspectiva do Direito, mas, também, pela da justiça ambiental. Por serem noticiados como recentes (pois propulsionados a partir do século XX), entende-se que não há como precisar os danos a longo prazo que os organismos geneticamente modificados acarretam, hodiernamente, ao homem e aos ecossistemas.

Diante desse cenário de incerteza científica, alega-se a ausência, quando da análise de ações judiciais indenizatórias, de nexo de causalidade entre os efeitos deles e os seus

[1] Deve-se considerar que, com a globalização, a dieta ocidental humana, reconhecida por se centrar no grande consumo de fontes proteicas, propagou-se no mundo, estando, no século XXI, em plena ascensão em países orientais, como a China. O Brasil, mediante a sua inserção no comércio internacional do agronegócio, é um dos grandes exportadores de soja transgênica, a qual é utilizada para a produção de ração para engorda de gado, contribuindo para esse cenário de consolidação da dieta com base em proteínas no globo. (DALLA CORTE, 2013). Logo, o cenário brasileiro é um dos responsáveis por propulsionar o contato e o consumo de organismos geneticamente modificados (OGMs) pelo homem em âmbito internacional.

resultados prejudiciais (danos), o que acaba por impossibilitar a suspensão ou a proibição de sua comercialização. Por isso, é recorrente que se invoque, com base no Direito Ambiental, a aplicação do princípio da precaução nos casos em que o objeto da ação envolve OGMs; contudo, em razão das pressões econômicas e políticas que envolvem a questão, há resistência dos tribunais, ao menos dos nacionais, em reconhecê-lo no caso em concreto.

Deve-se compreender que os efeitos dos processos de modificação genética, caracterizados por serem, em grande parte, amplamente desconhecidos, não são, necessariamente, imediatos; dessa forma, muitas vezes, eles protraem-se no tempo, o que torna a sua regulação jurídica e gestão complexa. Até mesmo as futuras gerações encontram-se suscetíveis, mediante as incertezas que permeiam os resultados das alterações das propriedades genéticas das espécies, a efeitos nocivos em sua saúde e ao ambiente que irão habitar. Diante desse contexto, pode-se evidenciar que os OGMs apresentam características típicas da sociedade de risco, pois seus efeitos, em grande parte, são: abstratos, incalculáveis, transfronteiriços, atemporais, transgeracionais, imprevisíveis, cumulativos etc.

Como complicador transversal desse cenário, deve-se considerar que há pessoas que se encontram mais suscetíveis ainda a esses riscos do que outras, em razão, exemplificativamente, de situações biológicas, econômicas e educacionais, o que demanda que a questão dos OGMs seja analisada, também, sob a perspectiva da justiça ambiental. Nesse panorama, quer-se realçar que os riscos não incidem igualmente sobre todos. Uma ilustração dessa situação é o caso dos produtores rurais (em especial, dos pequenos e médios), os quais lidam, no cotidiano de suas plantações não transgênicas, com maiores encargos (danos e riscos), do que os grandes produtores de culturas transgênicas, em relação, por exemplo, à contaminação do solo, à intervenção de plantas daninhas, aos problemas do fluxo gênico e outros. Também, pode-se citar, como outro exemplo, os alimentos propriamente transgênicos ou aqueles produtos fabricados a partir de ingredientes transgênicos, os quais, pela facilidade em sua acessibilidade e, até mesmo, diante de sua maior viabilidade/vantagem econômica, acabam sendo recorrentemente mais consumidos por determinadas classes populacionais do que por outras.

Nesse sentido, este artigo, no ramo das Ciências Jurídicas e Sociais, em especial na linha de Direito Ambiental, com base no método de abordagem indutivo e na técnica de

pesquisa bibliográfica, problematiza: como são tratados os organismos geneticamente modificados, frente às incertezas científicas que lhe perfilam, pelo direito e pela justiça ambiental?. Nessa senda, objetiva-se investigar os Organismos Geneticamente Modificados (OGMs) perante a sociedade de risco e a justiça ambiental. Ainda, destaca-se que o presente estudo adota uma visão *ecocrítica*[2] – sistêmica[3], ecológica e interdisciplinar – sobre os organismos geneticamente modificados, pois articula seus elementos aos de outras ciências como, por exemplo, a biológica, a sociológica etc., com o escopo de que, além e por intermédio delas, obtenha-se uma melhor compreensão do assunto. Nessa perspectiva, inicia-se este estudo pela análise da sociedade de risco, na qual os danos e as ameaças do processo de industrialização desenfreado começaram a imergir, influenciando e alterando as relações, entre outras, sociais, políticas e jurídicas, as quais passaram a admitir e a incentivar a manipulação biotecnológica, mesmo desconhecendo seus riscos para o meio ambiente e para o homem.

2 A sociedade de risco e as incertezas científicas que permeiam a pós-modernidade

Atualmente, a modernização quebra os dogmas da sociedade industrial e, na continuidade da modernidade, uma nova configuração social aparece. A natureza socializada se contrapõe a socialização dos danos à natureza, ou seja, percebe-se sua conversão em ameaças sociais, econômicas e políticas na sociedade global profundamente industrializada. Na era das possibilidades infinitas, da contaminação e nas cadeias mundiais de alimentos e produtos, as ameaças à vida se tornam cada vez mais ameaçadoras, assim, são autoameaçadoras. (BECK, 2011, p. 10; 26).

Nesse contexto, Beck (2011, p. 10) afirma que os mercados colapsam, a abundância é rala em relação à carência e os sistemas jurídicos não condizem com as situações reais vividas. Esse panorama se torna mais complexo com a visão de que esses acontecimentos

[2] Expressão utilizada por Greg Garrard (2006, p. 14) em defesa da interpretação política, científica e cultural da literatura ambiental.

[3] A partir da teoria da complexidade, abandona-se a percepção unificada da vida, sendo estabelecida uma nova perspectiva da realidade: a sistêmica. Essa passa a integrar as "dimensões biológica, cognitiva e social", a fim de que seja assegurada a "[...] capacidade intrínseca da natureza de sustentar a vida". Dessa forma, reconhece-se "[...] a interdependência fundamental de todos os fenômenos, e o fato de que, enquanto indivíduos e sociedades, estamos todos encaixados nos processos cíclicos da natureza (e, em última análise, somos dependentes desses processos)". (CAPRA, 2005, p. 13; CAPRA, 2012, p. 25).

vitimizam pessoas independentemente se suas ações. Além disso, aumentando o problema, a realidade permanece inalterada perante nossa percepção. Assim, tem fim a sociedade industrial clássica, que leva consigo pensamentos cartesianos, de soberania do Estado Nacional, premência do progresso, classes e do conhecimento científico.

Diante do exposto, convém ser explicada a teoria formulada por Ulrich Beck. A modernidade, para esse autor, pode ser vista em momentos distintos: a primeira modernidade ou sociedade industrial, quando se tinha controle das decisões e previsões sobre os riscos; e a segunda modernidade ou sociedade de risco, é a ocasião em que os riscos provêm de decisões políticas e são incalculáveis. (BECK, 2011, p. 26).

Beck (2011, p. 25) informa que a sociedade há muito tempo convive com os riscos, entretanto, em momentos anteriores, havia apenas a dimensão pessoal, de ousadia e aventura, e não se produzia situações de ameaça global, como no cenário atual. Nessa senda, os riscos típicos da primeira modernidade se caracterizavam por se mostrarem mais calculáveis, locais e até amparados por seguros, enquanto no centro das sociedades de risco estão os riscos incalculáveis, incontroláveis, transfronteiriços, de alcance universal, imprevisíveis e não mais asseguráveis. (BECK, 2011, p. 363; 33).

Beck ainda explica que, contemporaneamente, os riscos advêm de decisões humanas, assim, a sociedade caminha, cada vez mais, rumo à modernidade reflexiva, que se constitui no momento em que se converte em si mesma como tema e problema. Atualmente a ciência é causa, expediente definidor e fonte de soluções dos riscos. Seguindo essa esteira, na modernidade reflexiva, o conceito de calculável-incalculável é modificado: a calculabilidade não é mais entendida como a controlabilidade, mas sim como "estimabilidade". (BECK, 2011, p. 26; 235; 261).

O que ocorre na sociedade de risco é a aceitação do risco como forma de progresso. Atualmente, a preocupação maior não se foca na prevenção, mas sim nas garantias que se tem caso o pior venha a acontecer. Beck (2011, p. 76) aponta que não existe instituição preparada para o pior acidente, pois o risco é negado. A proporção da responsabilização pelos danos é criticada pelo autor vez que quanto mais pessoas causam o dano, menor será a responsabilidade de cada uma. Importa ressaltar que quanto mais se nega o risco, maiores são as consequências do dano. Assim, a sociedade de risco passa por um processo vitimizador já que os riscos atingem a todos e beneficiam alguns. Beck (2011, p. 238) aduz

que a ciência não garante a eficácia do que ela mesma criou, sendo um exemplo disso, dentro do objeto de estudo deste artigo, os organismos transgênicos.

Ademais, é importante lembrar-se da interdependência sistêmica existente entre os atores da modernização na economia, na agricultura, no Direito e na política, o que leva à falta de causas específicas e responsabilidades isoláveis. (BECK, 2011, p. 39). Como se verá adiante, os organismos transgênicos podem acarretar diversos riscos novos na agricultura, de forma que eles poderiam ser proibidos pelas autoridades, mas, com o forte e intenso apoio da ciência, eles não o são.

Destaca-se, aqui, a ideia sistêmica da possibilidade de se fazer algo e continuar a fazê-lo sem ter de responder pessoalmente por isto. Nas palavras de Beck (2011, p. 39): "a altamente diferenciada divisão do trabalho implica uma cumplicidade geral e esta, por sua vez, uma irresponsabilidade generalizada. Todos são causa e efeito e, portanto, uma não causa". Nesse mesmo sentido, no que se refere à definição de irresponsabilidade organizada, auxiliando na compreensão de Beck, Goldblatt (1996, p. 241) afirma que ela é "um encadeamento de mecanismos culturais e institucionais pelos quais as elites políticas e econômicas encobrem efetivamente as origens e as consequências dos riscos [...] catastróficos da recente industrialização".

Diante desse contexto, insta salientar que perante as novas tecnologias que trazem os inéditos e complexos riscos abstratos, e, voltando ao ensinamento de Beck quanto ao comportamento dos cientistas dentro da irresponsabilidade organizada, é questionável a aliança entre pesquisadores e indústria. Isso porque se compromete a formação de cientistas independentes, pois a tecnologia virou produto de comércio. As grandes indústrias financiam importantes pesquisas de forma que, por vezes, a ciência produz a desinformação, conhecimentos simbólicos isentos de neutralidade e imparcialidade e, como resultado, tem-se estudos desenvolvidos por meio de táticas materialistas. (FERREIRA, 2010, p. 34).

Para Ayala (2009, p. 42), os modos pelos quais os mecanismos de explicação e de justificação dos riscos são sugeridos pelas instituições nas sociedades contemporâneas são, justamente, representados através da irresponsabilidade organizada. Nesse momento, faz-se *mister* salientar que, na construção de problemas ambientais, nem todos os acontecimentos se tornam exigências, sendo que deve haver: estímulo da atenção dos meios

de comunicação social, exigência de uma decisão governamental, não ser eliminado pelo público como um fenômeno único e estar relacionado como interesses dos cidadãos. (HANNIGAN, 1995, p. 110).

No plano das investigações científicas sobre os riscos, as próprias incertezas e imprecisões relacionadas com as novas ameaças determinam quais eventos, processos, técnicas ou substâncias podem ser considerados como inofensivos pelos cientistas. Contudo, em momentos futuros, os pesquisadores podem ter a visibilidade da ameaça potencial, podendo retirar, assim, sua invisibilidade inicial, para revelar ao público os riscos que, de fato, representam. Contudo, isso nem sempre acontece. (BECK, 2011, p. 65).

Um bom exemplo do disposto e que se relaciona aos organismos geneticamente modificados, foco desse trabalho, é o desenvolvimento da agricultura industrial, principalmente no que se refere à dificuldade de atribuição de valores aos riscos da modernização. A Revolução Verde culminou com a introdução de novas tecnologias e processos de exploração agrícola através da utilização de mecanização, com intensa utilização de produtos químicos e, mais, com a substituição da agricultura tradicional, configurada pela rotação de culturas, pelos monocultivos uniformes e com base nas novas variedades de alto rendimento (VAR). Esses procedimentos em muito contribuíram para se alterar a noção dos riscos da produção agrícola. (SHIVA, 2003, p. 39-40).

Esse novo sistema de agricultura trouxe muitos reflexos negativos, sendo fácil constatá-los na perda da diversidade biológica nas áreas cultivadas e na degradação dos recursos naturais necessários para o seu desenvolvimento. (SHIVA, 2003, p. 89-91). Isso ocorreu, principalmente, em razão de: a) uso intensivo de fertilizantes, que podem produzir prejuízos a plantas silvestres, comprometer ecossistemas e contribuir para a eutrofização dos recursos naturais; b) uso de pesticidas, relacionados à contaminação dos recursos hídricos; c) os desmatamentos para a abertura de novos locais de plantação; d) emissões geradas por essas práticas; e) substituição das culturas tradicionais por culturas geneticamente uniformes, com vistas a se aumentar a produtividade, entendendo que os efeitos negativos e a finalidade eleita restariam justificados pela ilusória aspiração de diminuição da fome mundial. (CONWAY, 2003, 124).

Na lição de Ayala (2009, p. 45), numa leitura superficial, é possível perceber a invisibilidade do potencial dos riscos das práticas agrícolas em razão da desconsideração

dos mesmos pelas instâncias de segurança, mesmo que seja possível vê-los por meio do conhecimento científico disponível. É nesse contexto que se inserem os organismos geneticamente modificados.

3 Os organismos geneticamente modificados sob a perspectiva do Direito

A biotecnologia causa preocupação na sociedade. Uma demonstração desse fato está na agenda da Conferencia das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, que prevê a "administração ambientalmente saudável da tecnologia". Isso ocorre, sobretudo, porque as práticas biotecnológicas alteram o próprio tecido da vida.

Em seu sentido mais amplo pode-se dizer que a biotecnologia constitui um grupo antigo de tecnologias, mas são as novas biologias que geram novos riscos sociais, ecológicos, econômicos e políticos. Assim, separam-se as novas biotecnologias em dois grandes grupos de tecnologias. O primeiro grupo, representado pela "engenharia genética", diz respeito às novas tecnologias provenientes da biologia molecular, da bioquímica e da genética. Por sua vez, o segundo grupo refere-se aos novos procedimentos celulares que tem como base a tecnologia mais antiga da cultura de tecidos. (SHIVA, 2003, p. 117-118).

As expressões "organismo transgênico" e "organismo geneticamente modificado" são comumente empregados como sinônimos, porém eles têm diferenciação. Os primeiros são os que recebem fragmentos de DNA de seres que não partilham seu código genético, enquanto os últimos são aqueles nos quais foram introduzidos material genético da mesma espécie. Nesse contexto, conclui-se que a expressão "organismo geneticamente modificado" é mais ampla. (FERREIRA, 2010, p. 63).

A Convenção sobre Diversidade Biológica (1992) trata de "organismos vivos modificados resultantes de biotecnologia", todavia não os conceitua, nem mesmo explica quais seriam esses organismos.[4] Convém mencionar que o Brasil ratificou essa Convenção

[4] Ressalta-se que um grupo de cientistas, em 1973, pediu garantias para a execução de determinados tipos de pesquisa em razão dos riscos e perigos desconhecidos relacionados com a possível evasão e proliferação de novas formas de vida. Diante disso, em 1975, no final da Conferencia de Asiloniar, foi publicado um documento com recomendações que regulamentam o desenvolvimento de pesquisas a partir da tecnologia do DNA recombinante. A despeito das opiniões divergentes, e considerando que a nova biotecnologia era motivo de muitas indefinições e incertezas, os cientistas da Conferência referida entenderam ser crucial agir com cautela. Os participantes, portanto, criaram dois princípios que deveriam nortear as pesquisas: contenção deveria ser parte do estudo e o nível de contenção deveria ser proporcional ao risco associado. Os pesquisadores não olvidaram ao fato de que os riscos advindos dessas práticas serem imprevisíveis; contudo, acreditou-se que alguns parâmetros de base para a contenção deles seriam benéficos. Já, nas décadas de 1980 e 1990, ocorreram muitos avanços no campo biotecnológico. Com o aprofundamento dos debates, multiplicou-se a elaboração de documentos limitando as atividades sobre manipulação de organismos vivos. Um deles, que merece destaque, foi o Protocolo de Cartagena sobre Biossegurança, o qual visa auxiliar na garantia de um nível de proteção adequado às atividades envolvendo organismos geneticamente modificados (2006). (SHIVA, 2003, p. 119; FERREIRA, 2010, p. 100).

através do Decreto n.º 2.519 de 16 de março de 1998. Já, a Lei n.º 11.105/2005, específica sobre OGMs, dispõe, nos termos do artigo 3º, inciso V, que eles são os "organismo cuja matéria genética (ADN/ARN) foi modificada por qualquer técnica de engenharia genética".

Por sua vez, é importante salientar que o direito à informação, protegido pelo Decreto n.º 4.680, de 24 de abril de 2003, em seu art. 2º, §1º, é o responsável por regulamentar a comunicação ao público sobre a utilização de organismos geneticamente modificados na produção de alimentos ou ingredientes. Dessa forma, a rotulagem deve seguir este padrão: "(nome do produto) transgênico, contém (nome do ingrediente ou ingredientes) transgênico(s), ou produto produzido a partir de (nome do produto) transgênico". Nesse sentido, convém informar que, recentemente, a Câmara dos Deputados aprovou polêmico projeto que acaba com a exigência do símbolo da transgenia nos rótulos dos produtos com organismos geneticamente modificados (OGM) em quantidade inferior a 1%, sendo que essa proposta ainda vai passar por aprovação no Senado Federal.

Até o exposto no momento, é possível perceber que a legislação aborda as expressões "organismos transgênicos" e "organismos geneticamente modificados", mesmo que imprecisamente, como sinônimas, motivo pelo qual também serão tratadas neste trabalho como unívocas.

Com efeito, a tecnologia de recombinação do DNA pode ser usada para criar novas formas de vida. Esse poder técnico possibilita que ela se torne mais difundida do que qualquer tecnologia do passado. (SHIVA, 2003, p. 118). Contudo, deve-se considerar que o aumento de seu campo de aplicação e a crescente procura dessa técnica para, entre outros, a produção de alimentos de forma mais rápida e barata, faz com que o Direito tenha que enfrentar, de maneira cada vez mais recorrente, assuntos sensíveis. Logo, em razão das incertezas científicas que permeiam os processos biotecnológicos (e, consequentemente, os organismos geneticamente modificados), faz-se necessário, quando da análise da

juridicidade do dano ambiental, a aplicação do princípio da precaução e, muitas vezes, a relativização de institutos consolidados, por exemplo, no processo civil, como são os casos do nexo de causalidade, da coisa julgada, entre outros. (LEITE, 2008, p. 31-45).

Ainda, cumpre lembrar que perigos e riscos existem há muito tempo, mas com a revolução tecnológica, as concepções há muito tempo consolidadas e, de certa forma, até entendidas como dogmas, foram alteradas, como a ideia de natureza humana. Isto se deu porque foram amplamente divulgados os conceitos de livre-arbítrio e progresso. Existem muitas forças convergentes para as mudanças, dentre elas, a revolução tecnológica para a reorganização da vida em nível genético. Atualmente, com a criação artificial, o selvagem está sendo substituído pelo mundo bioindustrial, o que reflete em seus relações, entre outras, sociais e jurídicas. (RIFKIN, 1999, p. 25).

Cabe mencionar que antes mesmo da biologia se tornar uma ciência e ser amplamente estudada, o homem já traçava as linhas gerais da biotecnologia na produção de vinhos e pães. Apesar do estudo dos microrganismos ser muito antigo, apenas no final do século XIX é que os mistérios da hereditariedade foram desvendados por Gregor Mendel, através do cruzamento de ervilhas de diferentes cores. Assim, em 1865, surgiu a genética. (BORÉM, 2007, p. 33).

Em 1953, o americano James Watson e o inglês Francis Crick revolucionaram o estudo da genética ao explicar o modelo helicoidal para a molécula de DNA. Então, em 1973, Hebert Boyer e Stanley Cohen aprimoraram essa pesquisa, transferindo o gene de um sapo para uma bactéria. Com essa transformação genética, tornou-se possível alterar o programa genético de um organismo. (MALAJOVICH, 2004, p. 60).

Atualmente, o termo biotecnologia representa um conjunto de atividades voltadas a várias ciências, caracterizando um campo multidisciplinar, que utiliza agentes biológicos com a finalidade de produzir materiais úteis ou solucionar conflitos. (MALAJOVICH, 2004, p. 60).

Nesse sentido, dispõe a Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB) que: "biotecnologia significa qualquer aplicação tecnológica que utilize sistemas biológicos, organismos vivos, ou seus derivados, para fabricar ou modificar produtos ou processos para utilização específica".

A abrangência e os limites das matérias envolvidas pela biotecnologia são muito grandes e, ainda, não completamente desvendados pela ciência – como é o caso dos organismos geneticamente modificados. Para a construção de um organismo transgênico, utiliza-se o conhecimento fornecido pela engenharia genética, qual seja: a tecnologia do DNA recombinante. A referida engenharia nada mais é do que o estudo aprofundado da genética, a ciência dos genes, analisada em cotejo analítico com a engenharia, a ciência da construção. Isso posto, Ferreira (2010, p. 57) posiciona-se no sentido de que a Lei n.º 11.105/2005 não discorre a respeito de "biotecnologia", mas sobre engenharia genética ao dispô-la como "atividade de produção e manipulação de moléculas de ADN/ARN recombinante".

Diante do exposto, a incerteza científica que permeia o processo de manipulação dos organismos geneticamente modificados acaba por gerar riscos. Contudo, deve-se considerar que há pessoas que se encontram mais suscetíveis ainda a eles do que outras, em razão, exemplificativamente, de situações econômicas e educacionais, o que demanda que a questão dos OGMs seja analisada, também, sob a perspectiva da justiça ambiental. É o que se passa a analisar.

4 Justiça ambiental: da gênese do movimento à sua aplicação aos organismos geneticamente modificados

A abordagem da justiça ambiental é, relativamente, recente. Seu movimento, em oposição ao que se considerava injusto, surgiu, na década de 80, nos Estados Unidos, com enfoque para o enfrentamento do racismo ambiental. O conflito que lhe deu gênese foi o de Afton. Até então, ainda que sem tal nomeação, ela podia ser encontrada de forma subjacente em outras lutas sociais (como é o caso de *Love Canal*). Ainda, o movimento ampliou-se, principalmente nos anos 90, passando a abranger outros conflitos e atores. Quando da sua internacionalização, frente ao discurso da subpoluição do "Memorando Summers", ele ganhou adaptações decorrentes das diferenças sociais de cada país (daí a abordagem do *ecologismo dos pobres*), tendo como documento de referência os "17 Princípios da Justiça

Ambiental" (1991), elaborado numa reunião promovida nos EUA. Contudo, o movimento por justiça ambiental ainda não se constituiu como um discurso universal.

No final dos anos 60, as reivindicações, de caráter social, territorial e de direitos civis, ocorridas nos Estados Unidos, redefiniram-se "em termos 'ambientais'", adotando a noção de "equidade geográfica"[5]. Assim, elas passaram a se centrar, em linhas gerais, na análise de questões raciais, de renda, de contaminação tóxica e de atuação desigual do Estado na aplicação das leis ambientais, verificando que, diante dessas causas, havia uma "distribuição espacialmente desigual de poluição". Assim, na década de 70, articulações começaram a ser firmadas entre sindicatos, grupos ambientalistas, organizações de minorias étnicas e outras em busca de alteração "da agenda pública" e "da pauta das entidades ambientalistas tradicionais" (as quais se centravam num "ambientalismo branco" e focado em problemas urbanos) para o enfrentamento dessa situação, o que, infelizmente, não alcançou grandes resultados na época. (ACSELRAD; MELLO; BEZERRA, 2009, p. 17-19; ALIER, 2007, p. 232).

Alguns casos deram notoriedade à essa luta. Um deles foi o do *Love Canal*, que aconteceu na cidade de Niagara Falls (EUA), contra a "poluição por dejetos químicos". Nesse, um terreno, no qual havia sido escavado um canal para a conexão entre as partes alta e baixa do rio Niagara (que não foi realizada), foi vendido, tornando-se depósito de lixos (industriais e bélicos) por mais de 10 anos. Em 1953, "todo o canal estava repleto de resíduos e foi então coberto por terra". Nesse período, os entornos da área passaram a ser ocupados, sendo que, em 1955, uma escola primária foi construída em cima dele. A comunidade, no final da década de 70, acabou por descobrir (já que não tinha, na época de seu assentamento, sido informada) sobre os dejetos químicos depositados na localidade, começando a relacioná-los aos problemas de saúde e do meio ambiente (como mortes de árvores) que eram, lá, evidenciados. Assim, em 1978, visando "pressionar as autoridades políticas e juntar fundos para a evacuação dos moradores", eles criaram uma associação (*Love Canal Homeowners Association*), que, após dois anos de mobilização, alcançou seus objetivos. (RAMMÊ, 2012, p. 13-14).

[5] Equidade geográfica, na explicação de Acselrad, Mello e Bezerra (2009, p. 16), "[refere-se] à configuração espacial e locacional de comunidades em sua proximidade a fontes de contaminação ambiental, instalações perigosas, usos do solo localmente indesejáveis, como depósitos de lixo tóxico, incineradores, estações de tratamento de esgoto, refinarias etc.".

Frente a esse contexto, foi em 1980 que surgiu, propriamente, o movimento por justiça ambiental, tendo como marco o caso ocorrido em Afton (condado de Warren, no Estado da Carolina do Norte, EUA). O conflito relacionava-se à autorização que havia sido concedida pelo governo para a instalação, ali, de um aterro de resíduos químicos tóxicos (composto, basicamente, de galões de petróleo contaminados por Bifenil Policlorado (PCB)), o qual ameaçava poluir a rede de abastecimento de água da cidade. Destaca-se que, na época, 60% de seus habitantes eram negros – os quais, em grande parte, viviam em condições de extrema pobreza. Influenciados pelo movimento de direitos civis de Martin Luther King (1960), esses atores sociais, em 1982, opuseram-se, através de protestos pacíficos (por exemplo, deitando-se diante dos caminhões que traziam a carga), à disposição dos referidos materiais perigosos na área. Com a prisão de 500 manifestantes e a repercussão nacional que o caso obteve, surgiu[6] – vindo a ser denominado dessa maneira, somente, alguns anos depois (1987) – o *racismo ambiental*[7]. Nessa perspectiva, "embora os fatores raça e classe de renda tivessem se mostrado fortemente interligados, a raça revelou-se, naquela circunstância, um indicador mais potente da coincidência entre os locais onde as pessoas vivem e aqueles onde os resíduos tóxicos são depositados". (RAMMÊ, 2012, p. 16-17; BULLARD, 2004, p. 45; ALIER, 2009, p. 35; ACSELRAD; MELLO; BEZERRA, 2009, p. 19-20).

Assim, entende-se por *racismo ambiental* "[...] a imposição desproporcional – intencional ou não – de rejeitos perigosos às comunidades de cor". Deve-se assinalar que esse conceito – inserto, também, no estudo da Ecologia Política – com o passar do tempo, foi ampliado, passando a abranger todos aqueles segmentos da população em que se evidencia uma "naturalização implícita de inferioridade" (como são os casos, para além dos

[6] Em 1983, a Agência de Pesquisas vinculada ao Congresso Norte americano (U.S. Accounting Office) realizou um estudo intitulado *Siting of hazardous waste landfills and their correlation with racial and economic status of surrounding communities* sobre a relação existente entre a alocação de depósitos químicos perigosos e fatores raciais e econômicos, constando que: "[...] 75% das imediações dos aterros comerciais de resíduos perigosos situados na região 4 [a qual compreende 8 Estados do sudeste dos Estados Unidos] estavam localizados, predominantemente, em comunidades afro americanas, embora essas representassem apenas 20% (vinte por cento) da população da região". (BULLARD, 2004, p. 45).

[7] Expressão criada pelo reverendo Benjamin Chavis, após "[...] a pesquisa [denominada *Toxic Waste and* Race] realizada por Robert D. Bullard, em 1987, a pedido da Comissão de Justiça Racial da *United Church of Christ*, que mostrou que 'a composição racial de uma comunidade é a variável mais apta a explicar a existência ou inexistência de depósitos de rejeitos perigosos de origem comercial em uma área". (ACSELRAD; MELLO; BEZERRA, 2009, p. 19-20).

afrodescendentes, dos indígenas, dos migrantes, dos extrativistas, dos camponeses, dos pescadores, das populações de periferias, dos latinos, dos trabalhadores pobres, de gêneros, entre vários outros) que sofrem os impactos negativos do crescimento econômico em prol do benefício – propiciado, em tese, pelo desenvolvimento – de alguns. (ACSELRAD; MELLO; BEZERRA, 2009, p. 20).

Logo, diversos são os seus "fatores explicativos", elencando-se, entre eles, os seguintes:

> [...] a disponibilidade de terras baratas em comunidades de minoria e suas vizinhanças, a falta de oposição da população local, por fraqueza organizativa e carência de recursos políticos [...], a falta de mobilidade espacial dessas 'minorias' em razão da discriminação residencial e, por fim, a sub-representação desses mesmos grupos nas agências governamentais responsáveis pelas decisões de localização dos rejeitos. Ou seja, procurou-se tornar evidente que forças de mercado e práticas discriminatórias das agências governamentais concorriam de forma articulada para a produção das desigualdades ambientais. E que a viabilização da atribuição desigual dos riscos se encontra na relativa fraqueza política dos grupos sociais residentes nas áreas de destino das instalações perigosas [...]. (ACSELRAD; MELLO; BEZERRA, 2009, p. 20-21).

Sua insurgência – considerando que, anteriormente, já se discutia a questão do descarte do lixo tóxico, porém sem preponderância à causa racial (vide o caso de *Love Canal* (EUA) na qual ela era abordada, somente, como mais um de seus determinantes) – é a responsável por "popularizar" e "consagrar" o movimento por *justiça ambiental*. Este, por sua vez, recebeu tal denominação, para se opor às situações avaliadas como *injustas*[8], visando superá-las. Para tanto, suas reivindicações passaram a se centrar "[...] no tratamento justo e no envolvimento pleno dos grupos sociais, independente de sua origem ou renda, nas decisões sobre o acesso, a ocupação e o uso dos recursos ambientais em seus territórios". Destaca-se que é nessa corrente do ecologismo que se inclui, considerando a convergência existentes entre elas, o denominado *ecologismo dos pobres* ou *ecologismo popular*[9]. (ACSELRAD; MELLO; BEZERRA, 2009, p. 20; 25; RAMMÊ, 2012, p. 16; 18; BULLARD, 2004, p. 45; ALIER, 2007, p. 33).

[8] Compreende-se como *injustiça ambiental*: "[...] a imposição desproporcional dos riscos ambientais às populações menos dotadas de recursos financeiros, políticos e informacionais". (ACSELRAD; MELLO; BEZERRA, 2009, p. 09). De forma mais detalhada, é "[...] a condição de existência coletiva própria a sociedades desiguais onde operam mecanismos sociopolíticos que destinam a maior carga dos danos ambientais do desenvolvimento a grupos sociais de trabalhadores, populações de baixa renda, segmentos raciais discriminados, parcelas marginalizadas e mais vulneráveis da cidadania". (ACSELRAD; HERCULANO; PÁDUA, 2004, p. 10).

Diante desse contexto, a partir de 1987, passou-se a buscar, nas avaliações realizadas por organizações no estudo e na pesquisa das relações existentes entre raça, pobreza e poluição, a fim de se aprofundar os conhecimentos desses problemas, a "equidade ambiental"[10]. (ACSELRAD; MELLO; BEZERRA, 2009, p. 22).

Sobre essa perspectiva, ressalta-se:

> A equidade não pode ser definida em termos de um padrão homogêneo de bem-estar, da repartição do estoque de recursos disponíveis e da distribuição dos custos de contaminação do ambiente global. A equidade é a condição para desarticular os poderes dominantes que atuam sobre a autonomia dos povos, e para possibilitar a apropriação dos potenciais ecológicos de cada região mediados pelo valores culturais e pelos interesses sociais de cada comunidade. (LEFF, 2006, p. 467).

Essa e outras discussões fortaleceram as lutas contra o racismo ambiental, as quais culminaram, em seu ápice, na realização da I Cúpula Nacional de Lideranças Ambientalistas de Povos de Cor, ocorrida de 24 a 27 de outubro de 1991, em Washington (EUA). Nela, ao seu término, foram aprovados os "17 Princípios da Justiça Ambiental", os quais surpreenderam (com destaque para a redação do primeiro) por superar o caráter eminentemente antropocêntrico do movimento por justiça ambiental. Esses, apesar de terem sido elaborados visando ao replanejamento da política ambiental naquele país, serviram de diretrizes políticas e axiológicas (ou seja, como um documento de referência)

[9] Explica Alier (2007, p. 35): "Até muito recentemente, a justiça ambiental como um movimento organizado permaneceu limitado ao seu país de origem, muito embora o ecologismo popular ou ecologismo dos pobres constituam denominações aplicadas a movimentos do Terceiro Mundo que lutam contra os impactos ambientais que ameaçam os pobres, que constituem a ampla maioria da população em muitos países. Estes incluem movimentos de base camponesa [...]; movimentos de pescadores artesanais [...]; e, por movimentos contrários às minas e fábricas por parte de comunidades afetadas pela contaminação do ar ou que vivem rio abaixo dessas instalações".

[10] Entende-se por avaliação de "equidade ambiental" aquela que considere "[...] variáveis sociais nos tradicionais estudos de impacto. Nesse novo tipo de avaliação, a pesquisa participativa envolveria, como coprodutores do conhecimento, os próprios grupos sociais ambientalmente desfavorecidos, viabilizando uma integração analítica apropriada entre os processos biofísicos e sociais. Postulava-se, assim, que aquilo que os trabalhadores, grupos étnicos e comunidades residenciais sabem sobre seus ambientes deve ser visto como parte do conhecimento relevante para a elaboração não discriminatória das políticas ambientais". Foi nesse contexto que, em 1992, o governo americano publicou o relatório *Environmental equity: reducing risks* produzido por sua Agência de Proteção Ambiental, o qual concluiu que: "[...] faltavam dados para uma discussão da relação entre equidade e meio ambiente e reconhecia que os dados disponíveis apontavam tendências perturbadoras, sugerindo, por essa razão, uma participação maior das comunidades de baixa renda e das minorias no processo decisório relativo às políticas ambientais". (ACSELRAD; MELLO; BEZERRA, 2009, p. 22).

para os ativistas e organizações pelo mundo. Verifica-se, assim, que, embora focada na questão do racismo ambiental (o próprio nome da conferência, conforme referido acima, fazia alusão expressa aos "povos de cor"), os princípios acabaram por incorporar outros conteúdos à justiça ambiental, como questões de saúde pública, segurança dos trabalhadores, utilização dos solos, transportes, habitação, afetação dos recursos, empoderamento da comunidade e todas as pertinentes a situações de injustiça ambiental. Com isso, o movimento por justiça ambiental passou a ser reconhecido, tendo como lema: "poluição tóxica para ninguém". (ACSELRAD; MELLO; BEZERRA, 2009).

Retomando a linha histórica do movimento, frente a esses acontecimentos, em 1997, a Agência de Proteção Ambiental (APA) dos EUA elaborou o conceito de *justiça ambiental*. Ela passou a ser compreendida como:

> [...] é a condição de existência social configurada através do tratamento justo e o envolvimento significativo de todas as pessoas, independentemente de sua raça, cor, origem ou renda no que diz respeito à elaboração, desenvolvimento, implementação e reforço de políticas, leis e regulações ambientais. Por tratamento justo entenda-se que nenhum grupo de pessoas, incluindo-se aí grupos étnicos, raciais ou de classe, deva suportar uma parcela desproporcional das consequências ambientais negativas resultantes de operações industriais, comerciais e municipais, da execução de políticas e programas federais, estaduais, locais ou tribais, bem como das consequências resultantes da ausência ou omissão destas políticas. (BULLARD, 2004, p. 49).

Quanto à internacionalização do movimento por justiça ambiental, foi nesse mesmo período (década de 90), que ela começa a ocorrer. Seu principal marco foi o "Memorando Summers" veiculado, em 1991, pelo Banco Mundial. Este, que era para ser de circulação restrita, acabou vazando para o público (através, principalmente, da publicação *Let them eat pollution* realizada pela revista *The Economist*), causando repercussões negativas à instituição. Nele, o economista chefe do Banco Mundial, Lawrence Summers (daí o nome do informe), defendia a "migração de indústrias poluentes para os países menos desenvolvidos", a partir de três motivos[11]: da lógica econômica do custo-benefício dessas

[11] Explicam Acselrad, Mello e Bezerra (2009, p. 07) que "Lawrence Summers, [...], apresentava três razões para que os países periféricos fossem o destino dos ramos industriais mais danosos ao meio ambiente: 1) o meio ambiente seria uma preocupação 'estética' típica apenas dos bem de vida; 2) os mais pobres, em sua maioria, não vivem mesmo o tempo necessário para sofrer os efeitos da poluição ambiental. Segundo ele, alguns países da África ainda estariam subpoluídos. Nesse sentido, lamentou que algumas atividades poluidoras não fossem diretamente transportáveis, tais como produção de energia e infraestrutura em geral; 3) pela 'lógica' econômica, pode-se considerar que as mortes em países pobres têm um custo mais baixo do que nos países ricos, pois seus moradores recebem salários mais baixos".

movimentações, da subpoluição existente naquelas localidades e da preocupação "estética" e saudável das nações "ricas" com o meio ambiente. (ACSELRAD; MELLO; BEZERRA, 2009, p. 07-08).

Summers passou, então, a ser questionado sobre o referido texto. Ele se manifestou dizendo que seu objetivo era, apenas, provocar discussões sobre o tema. Ainda, afirmou que "[...] o Banco Mundial não tinha intenções ambientalmente perversas contra as nações pobres". Fundamentado no pensamento neoliberal[12] e na desigualdade em termos de proteção ambiental existente entre os países (a qual podia ser evidenciada, até mesmo, de forma empírica), o "Memorando Summers" descrevia uma realidade que, diante da globalização, tendia, cada vez mais, a se concretizar (e que se concretizou), qual seja: a imposição, pelos "países mais desenvolvidos", de "[...] riscos ambientais às populações menos dotadas de recursos financeiros, políticos e informacionais", com o objetivo de elevar a eficácia do sistema capitalista. (ACSELRAD; MELLO; BEZERRA, 2009, p. 08-09).

Nessa senda, o "Movimento por Justiça Ambiental consolidou-se como uma rede multicultural e multirracial nacional, e, em seguida, internacional" no combate ao racismo ambiental, sendo que suas frentes de atuação, conforme demonstrado acima, ao considerar o caráter indissociável do meio ambiente e da sociedade, ampliaram-se para uma "reflexão geral sobre as relações entre risco ambiental, pobreza e etnicidade". Em sua análise, conclui-se que "não se pode enfrentar a crise ambiental sem promover a justiça ambiental". Para tanto, ela se contrapõe ao pensamento ecológico dominante (o qual considera "democrática a distribuição dos riscos" com base no mercado e na concepção homogênea das questões socioambientais), almejando "o direito a um meio ambiente seguro, sadio e produtivo para todos [...] preservando, respeitando e realizando plenamente as identidades individuais e de grupo, a dignidade e a autonomia das comunidades". Dessa forma, procura, através da solidariedade[13] (interlocal e internacional) – representada, em sua forma

[12] Considerado pensamento dominante, esse alega ser "[...] 'democrática a distribuição dos riscos ambientais e se atém ao tema da escassez e do desperdício, consagrando o mercado como mecanismo por excelência para regular as questões do meio ambiente". (ACSELRAD; MELLO; BEZERRA, 2009, p. 15).

[13] Sobre as dificuldades que a solidariedade enfrenta nos movimentos sociais, menciona Harvey (2013, p. 16): "A aceitação disseminada dos benefícios a serem atingidos pelo individualismo e as liberdades que um livre mercado supostamente confere, assim como a aceitação da responsabilidade pessoal pelo próprio bem-estar,

organizacional, pelas suas redes (e não hierarquias) – a "difusão espacial do movimento". (ACSELRAD; MELLO; BEZERRA, 2009, p. 15; 23-25; 36; 77; HARVEY, 2013, p. 16).

O Brasil, inclusive, faz parte dessa rede. Em 2000, com a publicação da coleção Sindicalismo e Justiça Ambiental pela Central Única dos Trabalhadores do Rio de Janeiro (CUT/RJ), o movimento por justiça ambiental internacionalizou-se e chegou ao país. Já, em 2001, com a fundação da Rede Brasileira de Justiça Ambiental (RBJA), durante a realização do Colóquio Internacional sobre Justiça Ambiental, Trabalho e Cidadania, na cidade de Niterói/RJ, na Universidade Federal Fluminense (UFF), ele se consolidou no país. A partir de então, seu enfoque, que possui uma "dimensão universal", foi ampliado e adaptado, passando a abranger casos e causas para além dos abordados nos EUA. Ademais, ressalta-se que, ainda anteriormente à formalização da RBJA, pode-se identificar, no Brasil, "[...] um conjunto de ações e movimentos sociais que estiveram desde há muito tempo envolvidos em lutas por 'justiça ambiental', mesmo que não tenham recorrido ao uso da expressão". Nessa perspectiva, são citados como alguns exemplos de lutas: "[...] o movimento dos atingidos por barragens, os movimentos de resistência de trabalhadores extrativistas [...] e inúmeras ações locais contra a contaminação e a degradação dos espaços de vida e trabalho nos bairros e regiões pobres e marginalizados". (ACSERLRAD; HERCULANO; PÁDUA, 2004, p. 10).

Diante do exposto, evidencia-se que o movimento por justiça ambiental tem como objetivo geral "o direito a uma vida digna em um ambiente saudável". (ACSERLRAD; HERCULANO; PÁDUA, 2004., p. 10). Nesse contexto, ele passou a ter sua aplicação relacionada, inclusive, aos organismos geneticamente modificados, considerando os riscos, decorrentes das incertezas científicas (que são características da biotecnologia), que eles produzem ao ambiente e à vida humana. Acontece que a incidência deles (ou seja, de seus riscos) não ocorre de forma igual sobre todas as pessoas, os quais, portanto, variam em razão: das atividades profissionais exercidas, das rendas auferidas, das idades, das condições de saúde, dos graus de instrução, da intensidade de contato, da quantidade de consumo, entre outros. Nessa senda, passa-se à investigação dessa relação de desigualdade

constituem, em conjunto, uma séria barreira ideológica para a criação de solidariedade nas lutas. Elas apontam para modos de oposição baseados nos direitos humanos e em associações voluntárias (como as ONGs), em detrimento de solidariedades sociais, partidos políticos e a tomada do poder estatal".

socioambiental frente aos organismos geneticamente modificados, salientando-se os exemplos de gestão do solo e alimentar.

4.1 Os organismos geneticamente modificados e a incidência desigual dos riscos ambientais

Em razão de todos os seres encontrarem-se sujeitos aos riscos relatados neste trabalho, sendo que alguns nichos sociais são mais suscetíveis ainda a eles do que outros, propõe-se a análise das influências dos organismos geneticamente modificados no equilíbrio ambiental a partir dos seguintes temas: fluxo de genes, formação de plantas daninhas e insetos invasores resistentes a pesticidas. Esses, por sua vez, ainda que indiretamente, acarretam consequências para a vida humana. Frente a essa constatação, ilustra-se, neste trabalho, essa relação através do estudo de questões de gestão dos solos e alimentares.

Nesse contexto, inicialmente, destaca-se que o risco mais fácil de ser pensado e percebido, no que importa à introdução de organismos geneticamente modificados no meio ambiente, é o proveniente da troca de pólens. Convém explicar que são preocupantes os riscos ambientais que podem ocorrer quando plantas da mesma espécie ou ainda de espécies diferentes reproduzem-se por polinização cruzada, pois, dessa forma, facilita-se a contaminação de outras pelas que foram geneticamente modificadas. (FERREIRA, 2010, p. 73).

No contexto da biossegurança, explica-se que o fluxo gênico é a dispersão genética, ou seja, a transferência de alelos ou genes entre populações ou espécies. Portanto, em outras palavras, ele retrata a troca de material genético de uma população/espécie para outra, com a perpetuação dele na população receptora (futuras gerações). Dessa maneira, pode-se alterar as propriedades genéticas das espécies nativas, prejudicando a biodiversidade. (BORÉM, CARNEIRO, 2007, p. 102).

Borém e Carneiro (2007, p. 102) apontam que o fluxo gênico isoladamente não é um fator de risco. De fato, ele somente se configura quando a população receptora contamina-se em razão do gene que recebeu o que modifica a sua adaptabilidade ou a sua capacidade de sobrevivência.

O risco de plantas geneticamente modificadas configurarem ameaças ao meio ambiente, por se tornaram plantas daninhas com maior adaptação aos ecossistemas e, por conseguinte, terem maior capacidade de sobrevivência, começou a ser abordado por pesquisadores canadenses no final da década de 1990. Na época, observou-se que muitos grãos transgênicos de canola colhida permaneciam no solo até a época de germinar voluntariamente, ou seja, sem serem semeados.

No caso em apreço, os organismos analisados diferiam das demais plantas voluntárias, que são as que permanecem ativas após a colheita e as que germinam espontaneamente, em virtude da sua alta resistência ao emprego de pesticidas. Assim, a eliminação desses organismos era difícil ou impossível. (FERREIRA, 2010, p. 79). Nesse sentido, Malajovich (2004, p. 64) salienta que as plantas transgênicas têm vantagem sobre as plantas silvestres em razão da presença de agentes seletivos, como um herbicida ao qual sejam resistentes.

Por trás dessas constatações, pode-se evidenciar que essas questões acabam por afetar a gestão das plantações dos pequenos e dos médios produtores rurais mais do que a dos grandes, pois eles precisam lidar, no cotidiano de suas plantações não transgênicas, com maiores encargos do que estes em relação, por exemplo, à contaminação do solo, à intervenção de plantas daninhas, aos problemas do fluxo gênico e outros. Esse cenário ilustrativo representa, portanto, um quadro de injustiça socioambiental, em decorrência da incidência de riscos desproporcionais e desiguais entre produtores agrícolas, o dificulta ainda mais a situação daqueles que são mais vulneráveis e possuem menor capacidade de resiliência.

Nessa perspectiva, além dos riscos ao solo, outra preocupação comum nessa área são os possíveis danos decorrentes da alimentação à base de produtos transgênicos ou com ingredientes transgênicos. No ano de 1996, o governo do Reino Unido decidiu exigir testes de segurança para todos os alimentos geneticamente modificados. Stanley Ewen refere que os alimentos transgênicos podem causar proliferação do crescimento celular, o que resultaria em doenças do sistema digestório, como esôfago de Barrett e câncer de estomago e colo-retal. (SMITH, 2009, p. 23).

Convém explicar que com o uso da tecnologia do DNA recombinante pode-se criar produtos mais resistentes a insetos. Essa, inclusive, é uma das suas aplicações mais

recorrentes. Como exemplo, pode-se citar a implantação da toxina Bt em plantas. Apesar de o organismo receptor passar por testes antes de ser comercializado, faz-se necessário monitorá-lo permanentemente para avaliar se esse organismo geneticamente modificado não é capaz de ser prejudicial à saúde humana a longo prazo (prática que dificilmente é implementada). (SMITH, 2009, p. 27).

A segurança dos produtos criados a partir do uso da tecnologia do DNA recombinante, ou desses derivados, foi primeiramente posta em debate público em 1989, ano em que o suplemento alimentar de aminoácido triptofano foi reportado por seus usuários como causador da síndrome eosinofilia-mialgia. Tal fato ocorreu pois uma empresa japonesa, Showa Denko K. K., passou a utilizar bactérias geneticamente modificadas em substituição às bactérias convencionais para a produção do suplemento, visando mais rapidez e eficácia no processo. Após o episódio relatado, pesquisadores informaram que o triptofano transgênico produzia toxinas. A veracidade do caso, contudo, não conseguiu ser comprovada posto que a empresa destruiu todas as amostras que continham a bactéria transgênica. Ademais, a toxina não foi encontrada nas bactérias convencionais. (SMITH, 2009).

Nessa esteira, Shiva (2003, p. 130-131) ressalta que, ao contrário dos produtos químicos perigosos, como os pesticidas, os produtos da engenharia genética não podem ser retirados do meio ambiente em que foram inseridos. Cabe mencionar a lição de Rifkin (1999, p. 16) que lembra que esses seres são vivos, são organismos imprevisíveis, assim, avaliar seus potenciais impactos sobre o meio ambiente e saúde humana se torna muito mais difícil. O autor afirma, inclusive, que eles se reproduzem, ou seja, não é possível limitá-los a um único espaço.

Assim, verifica-se a existência de embasamento científico suficiente para mostrar a incerteza que permeia o contato e o consumo – ainda mais que vários deles ocorrem várias vezes ao dia e em elevadas quantidades – de organismos geneticamente modificados. O consumo de alimentos manipulados, como são os casos dos propriamente transgênicos ou daqueles produtos fabricados a partir de ingredientes transgênicos, ilustram essa situação, pois acabam produzindo riscos desproporcionais e desiguais sobre a população, já que idosos, crianças, e outros vulneráveis tendem a sofrer mais com seus efeitos em razão das suas especificidades físicas (defesas biológicas mais frágeis), econômicas (preço mais em

conta do que os produtos orgânicos), entre outras. A questão alimentar, portanto, também configura fato de injustiça socioambiental.

Nessa senda, Shiva (2003, p. 122) afirma que com o passar do tempo, sobretudo com o envolvimento dos cientistas na aplicação comercial das novas tecnologias, a autocrítica da comunidade cientifica foi desaparecendo. Ainda, ela menciona que as ênfases dadas pelos países do Norte à inovação tecnológica e à mudança científica, que, em tese, seriam propulsoras de benefícios, acabaram por acarretar vários custos sociais, ecológicos e econômicos, os quais, muitas vezes, são exportados para o Sul.

Também ela acaba por desmistificar algumas informações relacionadas ao tema. A primeira é a de que a biotecnologia é ecologicamente segura – o que, como já discutido neste trabalho, não é amplamente verdadeiro. Outra é a de que a indústria da biotecnologia diminuiria ou acabaria com o cultivo de produtos agrícolas sem agrotóxicos. Em análise detalhada desta, a autora verifica que esse argumento não corresponde à realidade porque grande parte das pesquisas no campo da biotecnologia agrícola acabam sendo produzidas pelas próprias multinacionais de produtos químicos como a Ciba Geigy, a ICI, a Monsanto e a Hoechst. Assim, Shiva demonstra que essas empresas visam, na verdade, ao aumento do uso de pesticidas e herbicidas através do desenvolvimento de variedades tolerantes a esses produtos químicos sob o fundamento de que as sementes transgênicas são essenciais para eliminar a fome no mundo. Sabe-se, entretanto, que a fome mundial não tem relação com a escassez de alimentos, mas sim com a distribuição de riquezas. (SHIVA, 2003, p. 133-134).

Como a indústria da engenharia genética não possui como objetivo o incentivo do cultivo de safras sem fertilizantes e pesticidas, mas, na realidade, busca variedades resistentes a pesticidas e herbicidas, é possível concluir que os alimentos transgênicos contribuem, assim, para a perpetuação do uso de agrotóxicos. Urge salientar que essa nova forma de cultivo agrícola não observa os sistemas vivos que se relacionam de maneira sustentável. As práticas modernas, aos poucos, destroem a biodiversidade, sobretudo nos países do Sul, os quais são detentores da maior parte dela, bem como acarretam injustiças socioambientais. (SHIVA, 2003, p. 133). Diante do exposto, demonstra-se que a incidência dos riscos decorrentes da manipulação de organismos geneticamente modificados ocorre de maneira desproporcional e desigual entre os seres humanos no meio ambiente.

5 Conclusão

Os organismos geneticamente modificados (OGMs) são vetores de risco na sociedade pós-moderna. Plantas, animais, alimentos, entre outros, estão sendo manipulados, sendo que esses procedimentos biotecnológicos ainda são considerados recentes. Apesar de suas experiências terem sido propulsionadas a partir do século XX, sua apropriação massiva pelo mercado e, em consequência, seu contato com a população, disseminou-se no século XXI. Em razão da incerteza científica que permeia os efeitos de seu processo de manipulação, sua regulação jurídica, apesar de impulsionada nas décadas de 1980 e 1990, em âmbitos nacional e internacional, possui imprecisões, bem como sua gestão é complexa. No Brasil, inclusive, discute-se, atualmente, num retrocesso jurídico, a possibilidade da retirada da simbologia da transgenia da embalagem de produtos disponíveis no mercado que possuem OGMs em sua composição. Ainda, na análise do tema, muitas vezes, desconsidera-se a desigualdade e a desproporção de seus riscos sobre determinadas pessoas.

Diante desse contexto, neste artigo, demonstrou-se que os organismos geneticamente modificados, a partir do estudo de seus aspectos técnicos, apresentam características típicas da sociedade de risco. Ainda, nesta pesquisa, eles foram investigados sob o enfoque do Direito, referindo-se as principais legislações aplicadas ao caso, as críticas produzidas pela doutrina em razão da sua inexatidão e as questões relacionadas às peculiaridades da juridicidade de seus danos. Também, discutiu-se a justiça ambiental, demonstrando que seus objetivos e estratégias podem e devem ser aplicados na análise dos organismos geneticamente modificados. Nessa senda, por fim, destacou-se a incidência injusta dos riscos produzidos pelos organismos geneticamente modificados, especialmente, no que tange à gestão dos solos (e sua relação com os pequenos e médios produtores rurais) e alimentar.

Desse modo, buscou-se responder ao problema de como são tratados os organismos geneticamente modificados, frente às incertezas científicas que lhe perfilam, pelo direito e pela justiça ambiental. Assim, evidencia-se que a discussão ainda tem muito a avançar, em ambos os enfoques. Para tanto, será necessário repensar a relação humana com as verdades e as certezas científicas absolutas que, infelizmente, ainda se encontram

presentes no trato, entre outros, da questão dos OGMs. Também, o discurso da justiça ambiental precisa ser mais difundido na análise dos OGMs, pois não se pode defender que, nesse tema, todos estão suscetíveis a mesma proporção de riscos.

6 Referências bibliográficas

ACSELRAD, Henri; MELLO, Cecilia Campello do Amaral; BEZERRA, Gustavo das Neves. **O que é justiça ambiental**. Rio de Janeiro: Garamond, 2009.

_____; HERCULANO, Selene; PÁDUA, José Augusto. A justiça ambiental e a dinâmica das lutas socioambientais no Brasil: uma introdução. In: _____; HERCULANO, Selene; PÁDUA, José Augusto (Orgs.). **Justiça ambiental e cidadania.** Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2004. p. 09-20.

ALIER, Joan Martínez. **O ecologismo dos pobres**. São Paulo: Contexto, 2007.

AYALA, Patryck de Araújo. **Deveres de proteção e o direito fundamental a ser protegido em face dos riscos de alimentos transgênicos**. Tese apresentada ao curso de pós-graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2009.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a outra modernidade. Tradução: Sebastião Nascimento. 1. Ed. São Paulo: Ed. 34, 2010.

BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. **Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna**. São Paulo: Unesp, 1997.

BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MORATO LEITE, José Rubens. (Orgs.). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2008.

BENSUSAN, Nurit. Os Pressupostos Biológicos do Sistema Nacional de Unidades de Conservação. In: VIO, Antonia Pereira de Avila; BENJAMIN, Antonio Herman V. **Direito ambiental das áreas protegidas**: o regime jurídico das unidades de conservação. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

BORÉM, Aluízio; SANTOS, Fabrício Rodrigues dos. **Biotecnologia simplificada.** 2. ed., rev., corr. e ampl. Viçosa: Universidade Federal de Viçosa, 2003.

BORÉM, Aluízio. Histórico da Biotecnologia. In **Biotecnologia e Meio Ambiente**, Aluízio Borém e Marcos del Giúdice. Editado por Aluízio Borém. Viçosa: UFV, 2007.

BORÉM, Aluízio; CARNEIRO, José Eustáquio. Fluxo Gênico. In **Biotecnologia e Meio Ambiente**, Aluízio Borém e Marcos del Giúdice. Editado por Aluízio Borém. Viçosa: UFV, 2007.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 26 out. 2012.

BRASIL. **Convenção sobre Diversidade Biológica**. Brasília, 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1998/anexos/and2519-98.pdf> Acesso em: 26 out. 2012.

BRASIL. **Decreto n. 1.713, de 14 de Junho de 1937.** Brasília, 1937. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-1713-14-junho-1937-459921-publicacaooriginal-1-pe.html> Acesso em: 26 out. 2012.

BRASIL. **Decreto n. 99.274, de 6 de junho de 1990.** Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d99274.htm> Acesso em: 26 out. 2012.

BRASIL. **Decreto n. 4.680, de 24 de abril de 2003.** Brasília, 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/d4680.htm> Acesso em: 26 out. 2012.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente, dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal. **Primeiro relatório nacional para a Convenção sobre Diversidade Biológica**: Brasil. Brasília,1998. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/estruturas/chm/_arquivos/intro.pdf> Acesso em: 26 out. 2012.

BULLARD, Robert Doyle. Enfrentando o Racismo Ambiental no século XXI. In: ACSELRAD, Henri; HERCULANO, Selene; PÁDUA, José Augusto (orgs.). **Justiça Ambiental e Cidadania**. Rio de Janeiro:Relume Dumará, 2004.

CONWAY, Gordon. **Produção de alimentos no século XXI**: biotecnologia e meio ambiente. São Paulo: Estação Liberdade, 2003

CAPRA, Frijot. **As conexões ocultas**: Ciência para uma vida sustentável. São Paulo: Cultrix, 2005.

CAPRA, Frijot. **A teia da vida**. São Paulo: Editora Cultrix, 2012.

DALLA CORTE, Tiago. **O processo de internacionalização do agronegócio brasileiro**: os fatores determinantes para sua consolidação, seus desafios e seus gargalos. In: II Congresso Internacional de História Regional, Passo Fundo/RS, 2013.

DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. São Paulo: Saraiva, 2008.

DERANI, Cristiane. Meio ambiente ecologicamente equilibrado: direito fundamental e princípio da atividade econômica. *In*FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. (Org.). **Temas de Direito Ambiental e Urbanístico**. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 100.

FERREIRA, Heline Sivini. **Desvendando os organismos transgênicos**: as interferências da sociedade de risco no estado de direito ambiental brasileiro. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

GARRARD, Greg. **Ecocrítica**. Brasília: Editora da UnB, 2006.

GOLDBLATT, David. **Teoria social e ambiente.** Trad. Ana Maria André. Lisboa: Piaget, 1996.

HANNIGAN, John A. **Sociologia Ambiental**: a formação de uma perspectiva social. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

HARVEY, David. **Os limites do capital**. São Paulo: Boitempo, 2013.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 17. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.

MALAJOVICH, Maria Antonia. **Biotecnologia.** Rio de Janeiro : Axcel Books do Brasil, 2004.

MILANO, Miguel Serediuk. Unidades de Conservação: Técnica, Lei e Ética para a Conservação da Biodiversidade. In: VIO, Antonia Pereira de Avila; BENJAMIN, Antonio Herman V**. Direito ambiental das áreas protegidas**: o regime jurídico das unidades de conservação. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

LEITE, José Rubens Morato. **Sociedade de Risco e Estado**. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MORATO LEITE, José Rubens. (Orgs.). *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2008.

RAMMÊ, Rogério Santos. **Da justiça ambiental aos direitos e deveres ecológicos**: conjecturas político-filosóficas para uma nova ordem jurídico-ecológica. Caxias do Sul: Educs, 2012.

RIFKIN, Jeremy. **O século da biotecnologia**: a valorização dos genes e a reconstrução do mundo. São Paulo: Makron Books, 1999.

RODRIGUES, Melissa Cachoni; ARANTES, Olivia Marcia Nagy. **Direito ambiental e Biotecnologia** : uma abordagem sobre os transgênicos sociais. Curitiba : Juruá, 2005.

SHIVA, Vandana. **Monoculturas da mente**: Perspectivas da biodiversidade e biotecnologia. São Paulo: Gaia, 2003.

SMITH, Jeffrey M. **Roleta Genética**: riscos documentados dos alimentos transgênicos sobre a saúde. Tradução de Leonardo Telles Meimes. São Paulo : João de Barro Editora, 2009.

TOURTE, Yves. **Engenharia genética e biotecnologias: conceitos e métodos** : aplicações à agronomia e às bioindústrias. Lisboa: Instituto Piaget, 2002.

VALLE, Silvio; TELLES, José Luiz. **Bioética, biorrisco**: abordagem transdisciplinar. Rio de Janeiro: Interciência, 2003.

POR UM REALISMO MARGINAL RACIAL

Luciano Góes[*]

Palavras-chave: Criminologia brasileira; Realismo; Racismo; Genocídio.

Resumo: Decorrente da decolonialidade que estrutura o saber criminológico libertário latino, devemos tomar como norte nossos matizes e especificidades para a construção de uma Criminologia própria. Nesse trajeto, evidencia-se que as (contra) teorias construídas no, e para o, centro (Europa e EUA), incutidas naquele *dever-ser*, não são realizáveis exatamente por nossa dependência, o *ser* que jamais será, nosso *Realismo marginal*[1].

A construção do Brasil como um mundo branco[2], consolidou a condição dos negros como não-humanos a partir do racismo, ideologia estruturante, estrutural e condicionante que tangencia toda nossa história, responsável pelo maior, mais duradouro e mais importante sistema escravagista do mundo, foram mais de 370 anos objetificando e sequestrando aproximadamente 18 milhões de negros até 1850. Imprescindível, portanto, falarmos em "raças", conceito biologicamente falso, mas verdadeiro enquanto construção sociopolítica objetificante transformado em instrumento identitário, de resistência e conscientização.

A partir desse contexto, questionamos se podemos, para uma Criminologia brasileira, identificar nossa "clientela" penal em termos de cor, raça e classe social, bem como as vítimas daquele genocídio, sem situarmos o racismo na construção de nossa realidade?

Objetivamos explicitar o controle racial-social marginal e nosso racismo, mantido praticamente incólume ao não ser identificado/nomeado, reforçado constantemente pelo conto da democracia racial e pulverização da questão racial, práticas que ignoram o condicionamento que o fator raça exerce sobre nossos "Direito Penais".

[*] Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC (2015); Pesquisador-membro do grupo de pesquisa "Brasilidade Criminológica" vinculado ao CNPq coordenado pela Prof.ª Dr.ª Vera Regina Pereira de Andrade; Advogado Criminal. Lattes: http://lattes.cnpq.br/6620359831455900

[1] ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Em busca das penas perdidas:** a perda da legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

[2] FERNANDES, Florestan. **O negro no mundo dos brancos**. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1972.

Assim, partimos de um *realismo marginal racial* onde racismo e genocídio são nossas pedras angulares, os dois lados de uma mesma moeda forjada para a exclusão dos indesejados para quem a violência estatal fora direcionada, impulsionada e presente cotidianamente, naturalizada a ponto de se tornar quase imperceptíveis apesar da herança marcada a ferro em mais da metade de uma das maiores populações negras do mundo.

Desvelar nosso racismo e suas legitimações sucessivas significa reconhecer o processo político genocida ininterrupto transformando-o em projeto político de conscientização racial, uma posição contra-hegemônica que rompe a dependência teórica central e com a velha tradição das traduções, fomentando o impulso transformador para concretizar as promessas de uma abolição profundamente falsa.

O método de pesquisa adotado será o indutivo e a técnica de pesquisa empregada será bibliográfica e documental.

Keywords: Brazilian Criminology; Realism; Racism; Genocide.

Abstract: Resulting from decoloniality structuring knowledge criminological libertarian Latin, we must take as our northern nuances and specificities for the construction of its own Criminology. In this way, it is clear that (against) theories built on, and the center (Europe and USA), instilled in that must-be, are not achievable just by our dependency, the be that never be, our marginal Realism.

The construction of Brazil as a white world, consolidated the status of blacks as non-humans from racism, structuring ideology, and structural condition that touches all our history, responsible for the largest, most enduring and most important slave system of the world, they were more than 370 years objectifying and kidnapping about 18 million blacks until 1850. Indispensable therefore talk about "race" biologically false concept, but true as sociopolitical construction objectifying that after long process has been turned into identity instrument, resistance and awareness.

From this context, the question can, to a Brazilian Criminology, identify our "customers" criminal in terms of color, race and social class, as well as the victims of that genocide without situate racism in the construction of our reality?

We aimed to clarify the marginal racial and social control and our racism, remained largely unscathed by not being identified / named, constantly reinforced by the tale of racial democracy and spraying of race, practices that ignore the conditioning that the race factor has on our "Criminal Law ".

So we start from a racial marginal realism where racism and genocide are our cornerstones, the two sides of the same coin forged to the exclusion of unwanted for whom state violence, it was directed, driven and this daily, naturalized, the point of becoming almost imperceptible despite the iron heritage marked with iron in more than half of one of the largest black populations in the world.

Unveiling our racism and its successive legitimizations means recognizing uninterrupted genocidal political process transforming it into a political project of racial awareness, a counter-hegemonic position breaching the central theoretical dependence and the old tradition of the translations by promoting the transformative momentum to achieve the promises of a deeply false abolition.

The research method adopted is inductive and the search technique employed will be bibliographical and documentary.

1 Situando o problema racial

> O matador mata sempre duas vezes – a segunda pelo silêncio (Elie Wiesel – Prêmio Nobel da Paz em 1986)

Muito antes do desembarque em nossa margem do capitalismo tardio, e com ele dos conflitos entre classes sociais (aqui situamos o problema das Criminologias de base materialista, sendo, pois, também tardias, ignoram a história até esse momento), a questão racial já encontrava um enraizamento profundo que nos reporta para além do centro em direção à história não oficial da humanidade tendo em vista que a história é contada a partir do ponto de vista dos vencedores, quer dizer, dos exterminadores.

Para encontrarmos o epicentro do problema proposto, vale advertir que, mesmo sendo errôneo por um viés biológico, perante o qual deveríamos falar em etnias eis que a raça humana é una, politicamente é verdadeira e com consequências inequívocas, é dizer,

"raça socialmente construída"[3], cuja concretude e efeitos não se pode ignorar, e por sua imprescindibilidade é colocada, aqui, como eixo principal por sua influência no caldo heterônomo que se consubstanciam as sociedades e seus controles sociais hierarquizados.

A construção do negro, se operou, de acordo com Carlos Moore, com a diversidade e variação fenótipica-melânica da população de pele negra que, no período Neolítico Superior (4 a 10 mil anos a. C.), representava a humanidade, por influência de fatores biológicos, climáticos e geológicos deu origem aos povos *leucodérmicos* (euro-asiático-semitas). Essa diferenciação promoveu uma "consciência grupal fenotipizada" resultando em grandes conflitos no encontro desses grupos, desencadeando a identificação racial-grupal a partir da negação da ancestralidade africana, ou seja, o negro, foi construído no exato momento em que deixou de sê-lo para ser amarelo e branco, criador/criatura do racismo que nasce naquele momento enquanto prática discriminatória.[4]

A genealogia do racismo nos remete há cerca de 1.500 anos a.C., como demonstra o *Rig-Veda* (Livro dos hinos), escrita aproximadamente entre 1.000 e 500 anos a.C.. Conforme o livro sagrado mais antigo do Hinduísmo, as tribos invasoras *leucodérmicas* (de pele clara, branca ou amarela) autodenominadas *arri*, ou *ária* ("gente da pele nobre"), designavam seus oponentes de *dasyu* (denominação coletiva para "negros") ou *anasha* ("gente do nariz chato") e a partir da identificação dos lados "[...] o *Rig-Veda* relata que Indra, suposto líder dos invasores arianos, logo transformado em semi-Deus, ordenou a seus súditos guerreiros de "destruir o dasyu" e "eliminar a pele negra da face da Terra".[5]

Nas matrizes centrais greco-romanas a xenofobia estigmatizava qualquer "Outro" de "bárbaro", mas o primitivo foi "descoberto" na África, sendo a posição inferiorizada de base racial-epidérmica encontrada no texto épico *Ilíada*, de Homero, que faz referências aos conflitos entre *xantus* (cor clara) e *melantus* (cor preta) e também no antigo tratado *Fisiognomica* de Aristóteles, que é "[...] racialmente determinista, fixando qualidades e defeitos morais do ser humano segundo critérios baseados puramente no fenótipo. Entre esses, 'a cor demasiado negra é a marca dos covardes", enquanto "a cor rosada

[3] NASCIMENTO, Elisa Larkin. **O tempo dos povos africanos**: suplemento didático da linha do tempo dos povos africanos. IPEAFRO - SECAD/MEC - UNESCO, 2007, p. 13.
[4] MOORE, Carlos. **Racismo e sociedade**: novas bases epistemológicas para entender o racismo. Belo Horizonte: Mazza Edições, 2007, p. 257-258.
[5] Ibid., p. 51.

naturalmente enuncia as boas disposições'."[6] É sobre o pilar racial que os saberes sobre o homem e a humanidade dos principais nomes da filosofia e literatura greco-romana, até hoje consideradas como "berço da civilização humana" e fonte do saber se estruturam.

Teoricamente, o estudo da questão racial se inicia com a tipologia (teoria dos tipos) como ensina Michael Banton, estruturada sob o aspecto da "linhagem"[7], que, no mundo ocidental foi amparado pela Bíblia Cristã, onde encontramos a maldição de *Cam*, um dos filhos de Noé, e com ela a "benção divina" para a escravidão africana.

De acordo com Léon Poliakov, foi na Península Ibérica, no século XVI, que grandes palavras-chave em termos raciais foram forjadas. Lá, a humanidade do índio foi proclamada (vinculando-os aos brancos a partir do termo "mestiço"), a primitividade do negro reconhecida (vinculando-os aos animais a partir do "mulato", filhote de mula), e o conceito "raça" foi criado pela "antropologia das Luzes" que via no negro sua faceta mais degenerada.[8]

Outrossim, o racismo, enquanto prática ideológica que estrutura, projeta e fomenta instituições, valores e atos, coletivos e individuais, públicos ou privados, de caráter explicitamente excludente e violento não possui relação com "raça" que foi obra política com objetivos expansionistas (genocidas e exploratórios), consolidando a posição inferior do negro, construindo um contexto sociocultural, atemporal e aterritorial, onde a naturalização dessa inferiorização, resultante das relações raciais, tornou-a quase que acrítica.

O mundo burguês, estruturado no racismo e elevado à superioridade pelo saber científico antropológico, segundo Eric Hobsbawm, não necessitava de nenhuma comprovação da inferioridade negra "[...] porque, de fato, a 'raça superior' era superior pelo critério de sua própria sociedade: tecnologicamente mais avançada, militarmente mais poderosa, mais rica e mais 'bem-sucedida'. O argumento era tão lisonjeiro quanto conveniente [...]."[9]

[6] Ibid., p. 56.
[7] BANTON, Michael. **A ideia de raça**. Lisboa: Edições 70, 1977, p. 16.
[8] POLIAKOV, Léon. **O Mito Ariano**: Ensaio sobre as fontes do racismo e dos nacionalismos. São Paulo: Perspectiva, Ed. da Universidade de São Paulo, 1974, p. 110-111.
[9] HOBSBAWM, Eric. **A era do capital**: 1848-1875. Tradução de Luciano Costa Neto. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982, p. 272.

A conveniência desse pensamento racial, somente pode ser compreendida em termos de legitimação da dominação, uma vez que o discurso defensionista toma a forma de conservadorismo, já que o liberalismo não tinha nenhuma defesa lógica diante da igualdade e da democracia, portanto a barreira ilógica do racismo foi levantada: a própria ciência, o trunfo do liberalismo, podia provar que os homens não eram iguais.[10]

É sobre estes termos que o campo científico se desenvolve, ao endossar o racismo e com ele o eurocentrismo cria um novo paradigma, o racismo científico, que legitimou a posição do negro no mundo branco, incorporadas nas teorias antropológicas da "bestialidade" do negro africano difundido no centro e pulverizado no senso comum europeu pelos relatos de viagens, nas quais "[...] as primeiras explorações do 'continente negro' revelaram a existência, ao mesmo tempo, de tribos aborígenes e de hordas de grandes símios antropóides, e, entre uns e outros, os observadores não sabiam ou não queriam fazer a separação [...]".[11]

Edward Tyson (1650-1703) foi um dos pioneiros nesse trajeto e após uma observação meticulosa estabeleceu um indestrutível laço entre o homem e os símios, causando certa confusão inicial, ou antes, uma indiferenciação nada ingênua, pois qualificou o chimpanzé de "Pigmeu" e o Orangotango de "homem dos bosques" e sobre o homem negro, mais especificamente sobre a cor de sua pele, afirmava que "[...] 'era devida a vasos particulares colocados entre a pele e a epiderme, e cheios de um licor negro' acrescentando que 'o clima podia alterar as glândulas e dar desta forma uma cor diferente'."[12]

O profundo acúmulo racista enraizado há muito no senso comum central, reformulado e relegitimado cientificamente também é pressuposto do Positivismo de Augusto Comte (1798 - 1857), que sobre a raça inferior nos fornece algumas "noções parciais" a partir da questão apresentada na lição 52 do Curso de Filosofia Positiva: "Por que a raça branca possui, de modo tão pronunciado, o privilégio efetivo do principal desenvolvimento social e porque a Europa tem sido o lugar essencial dessa civilização preponderante?". Entre as razões da superioridade central, Comte estabelece que:

> Sem dúvida já se percebe, quanto ao primeiro aspecto, na organização característica da raça branca, e sobretudo quanto ao aparelho cerebral,

[10] Ibid., p. 273.
[11] POLIAKOV, 1974, p. 111.
[12] POLIAKOV, 1974, p. 133.

> alguns germes positivos de sua superioridade real; embora os naturalistas estejam, hoje, muito longe de chegarem a um acordo a esse respeito. Igualmente, sob o segundo ponto de vista, pode-se entrever, de um modo um pouco mais satisfatório, diversas condições físicas, químicas e mesmo biológicas que certamente tiveram alguma influência sobre a eminente propriedade das regiões européias de servir até hoje de teatro essencial desta evolução preponderante da humanidade.[13]

A empiria de além-mar promoveu uma revolução com aportes científicos que buscou a superação dos discursos teológicos e metafísicos, mas, em termos de paradigma racial, se a cor da pele foi o principal fator, Kabengele Munanga ensina que no século XIX houve um incremento com fins de blindá-lo, reforçando a inferioridade desses "Outros" a partir de outras características, que remetiam ao fenótipo do negro (forma do nariz, dos lábios, do queixo, do crânio, o angulo facial, etc.), tudo para aperfeiçoar a classificação.[14]

Nesse norte, imperioso destacar também o racismo de Charles Darwin explícito em sua obra *The Descent of Man, and Selection in Relation to Sex*, publicado em 1871 e fundante do *darwinismo social* ou *teoria das raças,* paradigma científico "da moda" ao ser aplicado em diversas áreas do conhecimento ao expressar a ideia de evolução rumo à perfectibilidade humana: o homem branco. Nas palavras do autor:

> Não existe, contudo, nenhuma dúvida de que as várias raças, se comparadas e medidas com cuidado, diferem muito... uma da outra — como no tipo dos cabelos, nas proporções relativas de todas as partes do corpo, no volume dos pulmões, na forma e dimensão do crânio e assim também nas circunvoluções do cérebro... As raças diferem também na constituição, na aclimatação, na circunstância de serem suscetíveis a certas doenças. As suas características mentais são igualmente bastante distintas, em primeiro lugar pelo que poderia aparecer nas suas faculdades emocionais, mas em parte por suas faculdades intelectuais... Se um naturalista que antes nunca tivesse visto um negro, um hotentote, um australiano ou então um mongol devesse estabelecer um cotejo entre eles, imediatamente veria que diferem por uma multidão de caracteres, alguns de pouca importância, ao passo que outros de importância considerável.[15]

A "raciologia", segundo Kabengele Munanga, forjada nos finais do século XVIII atravessou, se fortalecendo gradativamente, todo o século XIX chegando ao século XX quando conquistou muito espaço no âmbito sócio-político, ou vice-versa, haja vista que:

[13] COMTE, apud ARON, Raymond. **As etapas do pensamento sociológico.** 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 121-122.
[14] MUNANGA, Kabengele. Uma abordagem conceitual das noções de raça, racismo, identidade e etnia. In BRANDÃO, André Augusto. **Programa de educação sobre o negro na sociedade brasileira**. Niterói: EdUFF, 2004, 15-34, p. 20.
[15] DARWIN, 1871, apud MENDES, Iba. **O maravilhoso mundo de Darwin**. Edição digital, 2013, p. 58.

> [...] tinha um conteúdo mais doutrinário do que científico, pois seu discurso serviu mais para justificar e legitimar os sistemas de dominação racial do que como explicação da variabilidade humana. Gradativamente, os conteúdos dessa doutrina chamada ciência, começaram a sair dos círculos intelectuais e acadêmicos para se difundir no tecido social das populações ocidentais dominantes.[16]

Nos termos apontados, o racismo como prática discriminatória e inferiorizante da raça negra é estrutural e estruturante do centro, onde foi relegitimada continuadamente. Cabe ressaltar que como palavra para designar essa postura, o termo *racismo* é produto do século XX como construção contra-hegemônica e luta política antirracial.[17]

2 Racismo estrutural e o genocídio nosso de cada dia

> "Existe uma história do povo negro sem o Brasil; mas não existe uma historia do Brasil sem o povo negro". (Januário Garcia).

Logo após nosso "descobrimento", como Portugal não encontrou metais e pedras preciosas, seu interesse se deu, em um primeiro momento, na extração vegetal cuja mão de obra a ser explorada já se encontrava objetificada em suas colônias de exploração africanas de São Tomé e Cabo Verde: o escravo negro, que desde o século XV (1429) Bulas papais "santificaram" e determinaram ser de propriedade portuguesa, de forma exclusiva. Destarte, nosso racismo se legitimou primeiro na benção cristã formadora dos países ibéricos face às inúmeras invasões mouras e sua expulsão na Reconquista, um conflito entre o Islamismo e o Cristianismo, do negro *vs.* o branco onde a expulsão moura caracterizou não apenas a vitória, mas a superioridade branca europeia.[18]

Nesse norte, no início do século XVI quando os primeiros negros aqui foram desembarcados sua força de trabalho foi direcionada para a extração do pau-brasil que na Holanda foi utilizado na "correção" dos prisioneiros nas *Rasp-huis*, gênese do

[16] MUNANGA, 2004, p. 20.
[17] BANTON, Michael. **A ideia de raça**. Lisboa: Edições 70, 1977, p. 174-175.
[18] FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. **Corpo negro caído no chão**: o sistema penal e o projeto genocida do estado brasileiro. Brasília, DF, 2006. Dissertação de mestrado, Universidade de Brasília, 2006. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/5117/1/2006_AnaLuizaPinheiroFlauzina.pdf>
Acesso em: 14 jan. 2014, p. 31.

disciplinamento no sistema prisional.[19] O sistema aqui implantado possibilitou o desenvolvimento da produção de manufaturas e a acumulação de capital, financiando indiretamente a Revolução Industrial. Por outro lado, significou a fragmentação da África, a Diáspora negra, uma vez que as potências marítimas centrais seguiram a sombra portuguesa na ânsia de conquistar e explorar, através do trabalho de escravos negro, o "Novo Mundo".[20]

Nossa singularidade racial se inicia com o modelo escravagista, o mais duradouro do mundo, foram mais de 370 anos de objetificação negra. Não há comparativos, em âmbito mundial, na quantidade, valor e variedade das riquezas provenientes da escravidão africana.

Com o comércio negreiro (que originou uma *ninguendade*[21] a partir do medo branco de revolta negra que demandava a separação minuciosa, nos navios tumbeiros, das "coisas" de mesma origem, impedindo sua comunicação em um movimento dinâmico inicial de exclusão no mesmo momento em que promovia a metamorfose daquela heterogeneidade africana em escravos-negros[22]), o Brasil introduziu em seu território, aproximadamente, 06 milhões de escravos[23], possuindo o recorde americano, 40% do total de negros sequestrados[24], e embora não exista consenso no número exato de escravos que chegaram ao Brasil, a quantidade estimada se refere aos negros que aqui chegaram vivos, um terço do total de negros feitos escravos, já que, um terço morreu na viagem até a costa africana e nos postos de embarque e o outro terço morreu durante a travessia oceânica ou no processo de aclimatação.[25]

O resultado do escravismo brasileiro é de aproximadamente 18 milhões de escravos negros, até 1850, quando, por repressão da marinha inglesa com sua política de

[19] MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e fábrica**: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX). 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 43.
[20] FREITAS, Décio. **O Escravismo Brasileiro**. 3. ed. Porto Alegre, Mercado Aberto, 1991, p. 26.
[21] RIBEIRO, 1995, p. 131.
[22] DUARTE, Evandro Charles Piza. **Criminologia e racismo**: introdução à criminologia brasileira. Curitiba: Juruá, 2011, p. 69.
[23] RIBEIRO, 1995, p. 162.
[24] FREITAS, 1991, p. 11.
[25] KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. **Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito?**: uma análise histórico-juridico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2007, p. 52.

expansão econômica apreendia e destruía navios tumbeiros, foi aprovada a lei Euzébio de Queiroz findando o comércio legal negreiro, que na verdade, já estava proibido desde 1831.

A ilicitude deu inicio imediato ao tráfico, eis que até a abolição, a velha "máquina de gastar gente"[26], ou quase gente, necessitava triturar a mesma carne mais barata de sempre, pois a "vida útil" de um escravo jovem ou de meia idade era de sete ou oito anos[27], o que resultou na entrada de um inimaginável contingente negro por portos ilegais espalhados ao longo da costa brasileira, incluindo Florianópolis, onde a presença e importância do negro foi (e ainda é) invizibilizada pelo "sonho civilizatório"[28], que possuía dois portos: um na Ilha do Campeche e outro na Paria da Armação da Lagoinha.[29]

Foi nesse contexto que se desenvolveu "[...] a formação social escravista mais importante do Novo Mundo. Nenhum outro país teve a sua história tão modelada e condicionada pelo escravismo, em todos os aspectos – econômico, social, cultural".[30]

Diante da ameaça negra e objetivando a manutenção de uma sociedade racialmente estruturada, foi criada a Lei da Terra (Lei nº 601/1850, ainda em vigor), com clara intenção protecionista, definindo que as terras ainda não ocupadas passavam a ser propriedades do Estado e as já ocupadas podiam ser regularizadas como propriedade privada, garantindo os interesses da elite e aniquilando a possibilidade de ocupação de terras pelos negros livres.

Com a produção de açúcar pela Holanda, fez-se imperioso a "importação" de mão de obra qualificada para produção de café, onde "a imigração passou a ser amplamente subsidiada e estimulada, os gastos com transportes e com a instalação eram financiados pelo Governo, que chegava até a promover obras para poder oferecer trabalho aos estrangeiros".[31]

Nesses termos, a manutenção do escravo e a própria existência do negro passaram a ser considerados obstáculos ao desenvolvimento e progresso da nação, fundamentando

[26] RIBEIRO, 1995, p. 69.
[27] NASCIMENTO, 1978, p. 58.
[28] CARDOSO. Paulino de Jesus Francisco. **Em busca de um fantasma:** as populações de origem africana em Desterro, Florianópolis, de 1860 a 1888. Disponível em: http://publicacoes.uniceub.br/index.php/pade/article/viewFile/143/132. Acesso em: 05 jan 2015, p. 03.
[29] MATTOS, Hebe; et al. **Inventário dos lugares de memória do tráfico atlântico de escravos e da história dos africanos escravizados no Brasil**, 2013, p. 04. Disponível em: http://www.labhoi.uff.br/sites/default/files/inventario_julho_2013.pdf. Acesso em: 23 jun 2014.
[30] FREITAS, 1991, p. 11.
[31] KAUFMANN, 2007, p. 78.

não apenas a ideia de que o imigrante europeu seria mais preparado tecnicamente para o trabalho e sua inserção em solo brasileiro, mas também a necessidade de branquear o país, em decorrência do grande número de negros, livres e cativos, brevemente postos em "liberdade". Desta ótica, a Lei da Terra cumpria papel importante e fundamental, sendo concebida como um projeto embrionário de branqueamento da nação, pois, em seu art. 18 estabelecia:

> O Governo fica autorizado a mandar vir annualmente á custa do Thesouro certo numero de colonos livres para serem empregados, pelo tempo que for marcado, em estabelecimentos agricolas, ou nos trabalhos dirigidos pela Administração publica, ou na formação de colonias nos logares em que estas mais convierem; tomando anticipadamente as medidas necessarias para que taes colonos achem emprego logo que desembarcarem. [sic]

Essa era a conjuntura política do Brasil imperial: pressão externa, lucratividade do comércio do café, necessidade econômica urgente de mão de obra europeia e a urgência em "branquear" o país. A abolição do regime escravocrata não tardaria muito mais e sem o apoio dos escravagistas, o Império também se findaria.

Fundamentado no iluminismo o Movimento Abolicionista brasileiro ganha força especialmente depois da Guerra do Paraguai (1864 – 1870), quando milhares de negros foram liberados das fazendas para servir ao exército sob a promessa de que se retornassem vivos seriam livres[32], sendo enviados ao combate por seus senhores em troca de títulos de nobreza[33] ou substituindo seus filhos, mas em verdade, foram utilizados como "bucha de canhão" em uma cilada genocida, já que a guerra serviu primordialmente aos interesses da elite branca para desnegrecer o país, exterminando 60% da população negra nos quinze anos próximos à guerra, entre os anos de 1860 e 1875, enquanto que a população branca cresceu 1,7 vezes.[34]

Assim, o projeto branqueador se torna uma das bandeiras do movimento que tinha o caráter emancipatório não apenas do negro, mas de toda sociedade, ou seja, um movimento que delimitava a mudança ao modo de produção, enquanto garantia a manutenção da ordem racialmente estruturada, com a valorização do trabalho manual,

[32] O Decreto nº 3.725-A, de 6 de Novembro de 1866, concedia liberdade gratuita aos escravos da Nação para se empregarem no exercito, e às suas mulheres, se fossem casados.
[33] NABUCO, Joaquim. **O abolicionismo**. Disponível em: http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bv000127.pdf Acesso em 23 jun 2014, p. 27.
[34] DUARTE, 2011, p. 173.

máquinas e industrialização do país para seu desenvolvimento e progresso gradual, sem uma política socioeconômica.

Nestes termos, o abolicionismo foi, de fato, um instrumento de controle racial velado sob o brado libertário, limitando ao mínimo sua extensão com leis protencionistas, reduzindo ao máximo os riscos de uma transição do escravismo para uma república excludente. Um projeto esquadrinhado ao longo de 65 anos, traçado via inúmeras "leis para inglês ver" para uma abolição puramente formal, profundamente falsa e iminente pela pressão exterior.

O dia 14 de maio (um dia que ainda não se finalizou), quando a questão social encontra a racial, marca um momento de convergência entre a teoria liberal e a prática racista que preparou o país para o inevitável conflito entre o branco e o negro em um mundo que foi construído para tratá-lo como um inumano, como lembra Abdias do Nascimento.[35]

Em 28 de junho de 1890, o governo provisório fortalece o branqueamento ao promulgar o Decreto nº 528, que impedia a entrada de negros e "amarelos". Entretanto, considerando o número de japoneses que chegaram ao Brasil desde 1908, a proibição de fato se restringiu aos africanos. Nesse período, foi adotada outra medida integrante do projeto de branqueamento e regeneração racial: a política de "retorno à África".[36]

3 O controle racial no pós-abolição: nosso *apartheid* (mal) mascarado e as novas legitimações para o velho racismo

> A abolição teve um significado legal, o mundo dos brancos perpetuou-se como realidade contrastante ao mundo dos negros. Este continuou a existir a margem da história, sofrendo a degradação crescente da condição de espoliado, dos efeitos desintegrativos da dominação e o impacto desorteador das pressões da ordem social competitiva. (Florestan Fernandes - A Integração do Negro na Sociedade de Classes)

Em um mundo desmoronando, imprescindível um discurso que reforçasse seus pilares estruturais. Essa era a realidade do Brasil no pós-abolição, uma nação estruturada

[35] NASCIMENTO, Abdias do. **O genocídio do negro brasileiro:** processo de um racismo mascarado. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978, p. 48.
[36] SCHWARCZ, Lilia Moritz. **O espetáculo das raças**: cientistas, instituições e questão racial no Brasil – 1870-1930. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 243.

sobre o racismo à procura de uma nova legitimação que mantivesse o *status quo* racial-hierárquico. Essa nova legitimação ideológica viria pelas mãos da *sciencia*.

Com a abolição, cerca de sete milhões de negros[37], sem qualquer auxílio ou política governamental foi lançada no mundo, expulsos das zonas rurais e excluídos nas zonas urbanas, muitos preferiram continuar nas fazendas onde ao menos tinham abrigo e comida. Começa, assim, entre cortiços e *zungus*[38], o processo de favelização das grandes cidades, a modernização das senzalas agora a céu aberto, tornando-se o "lugar do negro"[39] onde seriam controlados e monitorados, já que o negro não podia penetrar nos lugares do branco sem fazer soar o (eterno) alarme do "elemento suspeito", construído pelo estranhamento que demanda a imediata abordagem policial ao "desorganizador" dos espaços pré-determinados.

A relação margem-centro se redimensionou em morro-cidade mantenedora da ordem. Lá no morro, o negro podia desfrutar de "toda sua liberdade" e do nada (ou quase nada) que conseguia para sobreviver, que incluía a (re)construção de sua identidade a partir de espectros culturais e de instrumentos de resistência e de luta, como o samba, a capoeira, as religiões de matrizes africanas, etc..

Nessa condição, a naturalização da ignorância e submissão são resultados da violência desses locais geopoliticamente planejados, onde se esperou que as doenças causadas pela completa inexistência de condições de vida exterminassem os indesejados. Uma zona de exclusão e pobreza que o Estado não apenas ignorou, mas promoveu com fins higienistas, até agora, quando após o total descaso histórico, sobe as vielas "sorrindo" impondo a "pacificação", demonstrando que o único direito dessa "quase gente" é ser violentada.

Após as insurreições negras, principalmente Palmares (1580-1716), Revolução Haitiana (1791-1804) e Revolta dos Malês, na Bahia, em 1835 (portadora da "assombração" democrática muçulmana que possuía no Corão um potencial libertador, identitário,

[37] FLAUZINA, 2006, p. 37.
[38] Um tipo de moradia, um "[...] esconderijo, um reduto bem protegido na imensidão de corredores e becos dos labirintos urbanos. Para onde convergiam silenciosamente centenas de africanos, escravos, pardos, mulatos, libertos, crioulos e pretos. Em busca de amigos, festas, deuses, esperanças..." (ARAÚJO, Carlos Eduardo Moreira de. et al. **Cidades negras**: africanos, crioulos e espaços urbanos no Brasil escravista do século XIX. 2 ed. São Paulo: Alameda, 2006, p. 84).
[39] BATISTA, Vera Malaguti. **O Medo na cidade do Rio de Janeiro:** dois tempos de uma história. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 78.

reunificador e alfabetizador em uma época na qual a sociedade branca era predominantemente analfabeta) [40], agregado à dimensão que o problema negro representava, a ideia de uma nova insurreição concretiza e personifica no negro o medo abstrato que preocupava a elite branca.

Esse medo foi responsável pela criminalização de toda e qualquer manifestação que permitisse a reunião dos negros (vadiagem, capoeira, samba, terreiros de candomblé e umbanda, etc.), o fantasma negro que sempre perturbou os sonhos dourados da sociedade branca. Dentre seus fundamentos, encontramos a violência atávica do negro, originária de sua primitividade potencializada pelo álcool e pela maconha ("fumo de negro") [41], introduzida no país, de acordo com documento oficial de 1959 do Ministério das Relações Exteriores brasileiro[42], pelos escravos que trouxeram sementes da planta escondidas nas *Abayomi*[43].

4 Racismo criminológico: nosso controle marginal-racial

Defendendo o olhar marginal, Zaffaroni assinala que aqui não é o modelo *benthamiano* que caracteriza o controle social, mas sim o *lombrosiano*[44], nosso primeiro "*apartheid* criminológico" explícito pela prática genocida-racial.[45] Isto por que, aqui, não houve o disciplinamento para as fábricas, a disciplina na periferia foi conseguida sempre por meio de agressões físicas explícitas e mortes, instrumentos indispensáveis para o alcance de seu objetivo: a domesticação do corpo pela violência direta, ou indiretamente pelo medo.

[40] BATISTA, V., 2003, p. 24.
[41] SAAD, Luísa Gonçalves. "**Fumo de negro**": a criminalização da maconha no Brasil (c. 1890-1932). Salvador, 2013. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal da Bahia. Disponível em: https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/13691/1/DISSERTA%C3%87%C3%83O%20LUISA%20SAAD.pdf Acesso: 25 fev 2014.
[42] CARLINI, Elisaldo Luiz de Araujo; RODRIGUES, Eliana; GALDURÓZ, José Carlos E. ***Cannabis sativa L.* e substâncias canabinóides em medicina**. São Paulo: CEBRID - Centro Brasileiro de Informações Sobre Drogas Psicotrópicas, 2005, p. 06.
[43] Na travessia do Atlântico, as escravas, para amenizar o sofrimento das crianças, rasgavam suas saias em tiras de pano e faziam bonecas para elas brincarem. A palavra *abayomi* tem origem no iorubá, e significa aquele que traz felicidade ou alegria.
[44] ZAFFARONI, 1991, p. 77.
[45] ZAFFARONI, Eugênio Raúl. ***Criminología**. Aproximación desde una margen*. Bogotá: Temis, 1988, p. 131.

A tradução infiel ("*traduttore traditore*") desse modelo em nossa margem, fruto do caráter interpretativo, inventivo, criativo e seletivo com vistas a sua funcionalidade, "metamórfica" segundo Máximo Sozzo,[46] se deve exatamente ao seu viés racista, exposto em *L'uomo bianco e l'uomo do colore: letture sull'origine e la varietà delle razze umane*, de 1871, onde Lombroso traça a evolução humana a partir dos primatas, sendo os negros o elo perdido entre aqueles e o branco, o ápice evolutivo, que manteria, pelo atavismo ou hereditariedade, a inferioridade, a primitividade e a impulsividade.

Embasado nesse saber racial, Lombroso publica, em 1876, *L'Umo Delinquente*, obra que lhe deu notoriedade mundial na qual seu racismo se encontra pulverizado (o que não significa dizer que não é explícito), criando o estereótipo que vinculou o negro ao criminoso nato e possibilitou a criminalização de uma minoria "anormal", inculcando o medo que se expandiu pelo mundo necessitado de "ordem". Mesmo em descrédito no Centro, pelas fortes críticas que não afetaram seu paradigma racial, suas ideias foram traduzidas (não por coincidência ou obra do acaso) no Brasil exatamente no contexto pós-abolição, um cenário onde a questão racial estava imbricada com o desenvolvimento e progresso nacional.

Nesse período, os rumos que o país deveria seguir foram colocados nas mãos dos "homens de *sciencia*", responsáveis também pela construção de uma nova imagem do Brasil no estrangeiro e pela diferenciação perante os demais países latino-americanos, objetivos que passavam pela aproximação com o Centro onde nossa elite ilustrada iria se inspirar, primeiro aderindo à moda e depois produzindo e praticando ciência.[47]

Representante legítimo dessa elite marginal, Raimundo Nina Rodrigues (apontado como discípulo de Lombroso e filho de dono de escravos), traduz a teoria *lombrosiana* resgatando sua matriz racista, reforçada e potencializada pelo ecletismo teórico-racial central, substituindo o estereótipo central (perante o qual poderia ser identificado como criminoso, pois mestiço) pelo fenótipo negro e defendendo a manutenção da ordem racial escravagista no interior do quadro teórico liberal da jovem República, se destacando pelo comprometimento e dedicação ao problema central do país: a inferioridade do negro e sua

[46] SOZZO, Máximo. **Viagens culturais e a questão criminal**. Tradução Sérgio Lamarão. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014.
[47] Ibid., p. 41-42.

descendência, obstáculos ao desenvolvimento do Brasil, cuja solução, para ele, seria a arianização.

Apontando os erros da adoção dos pressupostos do Classicismo no Brasil em *As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil*, de 1894, onde a inferioridade de uma maioria, inversamente do contexto central, excluiria o livre arbítrio e consigo a responsabilidade penal dos negros e mestiços, entre outros equívocos ignorados perante as provas "científicas", Nina Rodrigues esboça um *apartheid* brasileiro.

Ao contrário da Europa (que implementou políticas eugênicas), o Brasil vivia intensamente o medo da "africanização"[48] e mestiçagem que já tomara conta de certas regiões do país, sendo compreendida aqui "[...] de forma ambígua: apesar de temida, nela se encontrava a saída controlada [...]".[49] Era a ideia da "boa miscigenação", uma interpretação singular em relação ao centro, marco de um saber à brasileira onde o discurso mimético e pessimista defendido por Nina Rodrigues restou vencido e não implementado.

Porém, se não conseguiu influenciar as políticas públicas para a arianização (sonho impossível da elite que a substituiu pelo clareamento, ou melhor, a desafricanização), Nina Rodrigues nos mostra como o racismo atravess(a)ou ileso toda a história do país, tangenciando todas as transições das ordens sociais, pois é exatamente na prática que a ordem racial é mantida, não arranhando sequer a superficialidade dos discursos teóricos.

Em sua obra "*Os africanos no Brasil*" publicada em 1933, vinte e sete anos após sua morte, é representativo como o negro é situado no século XX, elevado a principal problema nacional, o negro incorpora uma esfinge e lança seu enigma: "decifra-me ou devoro-te". O fracasso do extermínio negro aliado ao medo branco da africanização impulsiona Nina Rodrigues a rever e corrigir sua tese, ou antes, adotar a estratégia de fortalecer seu paradigma racial/etiológico mantendo seu modelo de *apartheid* modelando-os consoante a política de extermínio silencioso do negro em desenvolvimento no país, a aliança ao controle racial brasileiro no melhor estilo "se não pode com seu inimigo, junte-se a ele".

Nesses termos, a posição assimilacionista, muito distinta de seu racismo radical e pessimista, é estabelecida pelo próprio Nina Rodrigues: "o problema 'o Negro' no Brasil tem, de fato, feições múltiplas: uma do passado, — estudo dos negos africanos que

[48] BATISTA, V., 2003, p. 163.
[49] SCHWARCZ, 2012, p. 161.

colonizaram o país; outra do presente: — Negros crioulos, Brancos e Mestiços; a última, do futuro: — Mestiços e Brancos crioulos."[50]

Marca de seu comprometimento científico, Nina Rodrigues sempre observou a diversidade do mundo negro e a necessidade de considerar as especificidades nacionais nas pesquisas científicas. Assim, discriminando os diversos matizes africanos, formadores da nação "[...] acreditava que ao julgá-los separadamente, discriminando as suas capacidades relativas de civilização e progresso, no sangue negro poder-se-ia encontrar algumas das nossas virtudes e muitos dos nossos defeitos."[51]

Essa discriminação e conhecimento mais aprofundado, fez com que Nina Rodrigues nutrisse certo respeito, valorização e reconhecimento em relação à raça negra em sua heterogeneidade, uma "relativização" estratégica que adequou seu racismo à política assimilacionista, dotando certos povos africanos de qualidades brancas, considerados, portanto e a partir de então, superiores dentre os inferiores, mais próximos da raça branca.

Ao especificar os povos africanos e as características ontológicas de cada nação, Nina Rodrigues acaba por hierarquizar os negros, a partir do aspecto religioso, como a exemplo dos *Haussás*, negros que desenvolveram relações comerciais e monoteístas, se distinguindo, portanto, em seu estágio de desenvolvimento mental, dos demais africanos fetichistas. Em outras palavras, nem todo negro seria um negro, as variações no fenótipo e aspectos culturais possibilitavam um branqueamento, se não demonstrado fisicamente ao menos na alma. Dividir para conquistar, essa era a tática!.

A "tradução" do paradigma racial-etiológico *lombrosiano* denota que o racismo é nossa face oculta da guerra contra as drogas, pois, desde sua gênese (iniciada pelo médico Rodrigues Dória, adepto do *lombrosianismo*, com seu estudo "Os fumadores de maconha: efeitos e males do vício" de 1915), é um instrumento genocida criado em 1932 com a primeira lei proibitiva que combatia não a periculosidade toxicológica, mas seus usuários: os negros, pelo seu caráter religioso, curativo ou por seu simples uso como fuga de um

[50] RODRIGUES, Nina. **Os africanos no Brasil**. Centro Edelstein de Pesquisas Sociais: Rio de Janeiro, 2010, p. 18.
[51] SERAFIM, Vanda Fortuna. **Nina Rodrigues e as religiões afro-brasileiras**: A "formalidade das práticas" católicas no estudo comparado das religiões (Bahia - século XIX). Tese (doutorado) – Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Centro de Filosofia e Ciências Humanas. Programa de Pós-Graduação em História. Florianópolis, SC, 2013, p. 237.

mundo real de extrema violência (tal qual o uso do álcool), no qual a sobrevivência era quase insuportável.

Uma nova legitimação para o velho extermínio impulsionado pelo medo branco que estampava a criminalização do "fumo de negro" e sua consolidação como instrumento de controle racial, pois "[...] além de prejudicar a formação de uma República moralmente exemplar, poderia se disseminar entre as camadas ditas saudáveis – leia-se brancas – e arruinar de vez o projeto de uma nação civilizada."[52] Considerando seu caráter curativo, atrelado ao combate aos curandeiros, pais e mães de santo (representantes da "magia negra"), sua proibição se deve ao "hibridismo quase incestuoso"[53] do saber médico (legitimado como salvacionista nacional e único saber verdadeiro) com o Estado, imbuídos e norteados pelo racismo que orientou(a) a limpeza social com políticas higienistas e sanitaristas a serviço daquela macro-política de branqueamento nacional.

O paradigma racista/etiológico foi indispensável para a manutenção da ordem racial de uma sociedade periférica e mestiça, vista internacionalmente como "totalmente mulata, viciada no sangue e no espírito e assustadoramente feia" nas palavras de Gobineau[54], emoldurada pelos padrões de "civilidade" e "beleza" centrais em um momento em que o medo da "africanização" se tornou insuportável. Uma política orientada para o extermínio do gene negro, um instrumento imprescindível no pós-abolição como controle racial dos não-brancos brasileiros, protegendo os brancos não-europeus (mas que assim desejavam ser).

Neste termos, se a abolição da escravatura brasileira representava uma igualdade que não ilumina(va) os negros, que somente eram (são) cidadãos perante o Direito Penal mantendo uma "dualidade perversa"[55], a Criminologia Positivista forneceu a legitimidade científica para sua desigualdade e criminalização, mantendo a subjugação, os açoites e o genocídio que acorrentam os negros a novos grilhões, sempre forjados pelo racismo.

5 A assimilação racial: enfim, o sucesso da política genocida branqueadora!

[52] SAAD, 2013, p. 05.
[53] GENELHÚ, Ricardo. **O médico e o direito penal**. vol. 1: introdução histórico-criminológica. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 58.
[54] SCHWARCZ, 2012, p. 17.
[55] BATISTA, N., 2002, p. 152.

> O racista numa cultura com racismo é por esta razão normal. Ele atingiu a perfeita harmonia entre relações econômicas e ideologia. (Frantz Fanon – *Toward the African Revolution*)

Abolida a escravatura, nosso racismo foi redefinido, antes estribado na superioridade racial, na ciência antropológica e na evolução *darwiniana*, agora assumia o aspecto de preconceito de cor, cujo objetivo era apenas um: o de deixar o negro em seu devido lugar, a ponto de não poder ameaçar a exclusividade das posições sociais dos brancos. Essa redefinição foi consequência do fracasso das políticas genocidas das quais o negro "teimava" em sobreviver, sendo imprescindível, assim, a criação de um novo instrumento de controle racial/social: a assimilação racial (mais sutil, porém não menos cruel). A resposta às nossas especificidades raciais que gestou o mito da "democracia racial" que possui uma superficialidade facilmente percebida, pois apenas uma "raça" monopoliza "[...] todo o poder em todos os níveis político-econômico-sociais: o branco"[56].

A política assimilacionista formadora do "paraíso racial brasileiro" modelou não apenas o racismo brasileiro, que ganhou contornos específicos[57], mas inculcou nos negros e seus descendentes a "vergonha da negritude"[58] como uma proposta de facilitação (ou não) de ascensão social através da negação da ancestralidade e aceitação passiva de modelos comportamentais e estéticos da raça dominante, onde o fenótipo étnico negro, ao se distanciar do padrão *Barbie*, materializa o "estereótipo do mal"[59]. É Florestan Fernandes que nos chama a atenção para um outro sentimento provocado por essa política, agora na grande maioria dos brancos, que chamou de "preconceito de ter preconceito", que tenta

[56] NASCIMENTO, 1978, p. 46.
[57] Segundo Oracy Nogueira, o preconceito racial no Brasil é de marca (uma reformulação do preconceito de cor que se embasa na aparência, nos traços físicos do indivíduo, ou seja, na fisionomia), que na dinâmica relacional leva em consideração a atuação do individuo e sua interiorização dos padrões brancos que podem flexibilizar os "defeitos" ínsitos a sua etnia, possibilitando uma aceitação social em proporção direta à interiorização dos modelos brancos. Assim, o negro pode ser aceito com mais facilidade se "[...] contrabalançar a desvantagem da cor por uma superioridade inegável, em inteligência ou instrução, em educação, profissão e condição econômica, ou se for hábil, ambicioso e perseverante [...]". Porém, este tipo de preconceito não extingue o racismo radical, apenas o encobre. (NOGUEIRA, Oracy. **Preconceito racial de marca e preconceito racial de origem**: Sugestão de um quadro de referência para a interpretação do material sobre relações raciais no Brasil. 2006. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/ts/v19n1/a15v19n1.pdf Acesso em 22 out. 2013, p.07).
[58] CARDOSO, 1977, p. 265.
[59] ZAFFARONI, 1988, 159.

ocultar a discriminação racial, revelada apenas por poucos em excepcionais rompantes racistas.[60]

O sucesso desse instrumento é demonstrado pela *Pesquisa nacional por amostra de domicílios* (PNAD), realizada pelo IBGE em 1976, onde, ao responder a questão aberta sobre sua cor, o brasileiro forneceu 135 cores na tentativa de fugir do estigma racial. Pouquíssimos foram os que se autodeclararam negro ou algum outro termo semelhante. De igual modo, e pelos mesmos motivos, essa vergonha ocorre em nossa magistratura, segundo o Censo do Poder Judiciário realizado pelo CNJ (que já demonstra o racismo institucional, pois apenas 1,4% dos 16.812 juízes do Brasil se autodeclararam pretos), pois é preferível ser pardo[61] a assumir a sua negritude, posicionamento de 14% dos magistrados. Dito de modo claro é preferível ser considerado "sujo" ou "mulato" do que negro.

Nosso racismo nada velado alcançou assim, com a política branqueadora assimilacionista (ainda em andamento, colocada em um plano inferior à "democracia racial" reforçada pelas propagandas tipo "somos todos mestiços" ou "no Brasil todos temos ao menos um pé na senzala"), o sucesso exterminador do negro (de sua negritude). É um genocídio articulado em uma dupla operacionalização como nos aponta Abdias do Nascimento: o branqueamento pela miscigenação e a imposição da cultura eurocêntrica, impedindo o negro de ser negro, de se reconhecer como tal, fato que não o impede de ser vítima do racismo.

Também encontramos essa lógica na "seleção policizante", singularidade periférica cunhada por Eugenio Raúl Zaffaroni, pela qual as agências policiais recrutam seus operadores na mesma raça/classe de sua "clientela", treinando e condicionando-os à criminalizar (menos) e executar (mais) seus "iguais" a partir da divisão maniqueísta apolítica que pulveriza o racismo no conflito "mocinhos" *x* "bandidos", impossibilitando a conscientização e qualquer coalizão que impulsione o potencial identitário necessário a uma mobilização coletiva. É a modernização do capitão do mato do período escravagista.

[60] FERNANDES, Florestan. **O negro no mundo dos brancos**. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1972, p. 23.
[61] Antes da adoção de uma postura "politicamente correta", os dicionários traziam como significado da palavra "pardo" a indicação de "branco-sujo". Pode-se ainda encontrar essa indicação em alguns dicionários atuais como o Dicionário *on line* UOL. Disponível em: http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/.

Assim, o medo branco continua a evitar a todo o custo a conscientização da negritude, por isso o racismo no Brasil é sempre negado, transformado em tabu, cedendo espaço à "democracia racial", modelo tipo exportação elogiado e utilizado como exemplo pela ONU, que explicita a assimilação e segrega tal qual o *apartheid* sul-africano (muito bem representado aqui pelas respostas aos "rolezinhos"), que "[...] só concebe aos negros um único 'privilégio': aquele de se tornarem brancos, por dentro e por fora".[62]

Esse é o posicionamento também de Darcy Ribeiro que vê no *apartheid* ou no racismo declarado estadunidense algumas vantagens, eis que esse "paraíso racial" é um golpe político que impede e dissolve a identidade coletiva, despolitizando o negro brasileiro, pois "o aspecto mais perverso do racismo assimilacionista é que ele dá de si uma imagem de maior sociabilidade, quando, de fato, desarma o negro para lutar contra a pobreza que lhe é imposta, e dissimula as condições de terrível violência a que é submetido".[63]

6 O genocídio nosso de cada (e de todos os) dia(s): o negro e as marcas do sistema penal subterrâneo

> O interrogatório é muito fácil de fazer/pega o favelado e dá porrada até doer.
> O interrogatório é muito fácil de acabar/pega o bandido e dá porrada até matar. [...]
> Bandido favelado não se varre com vassoura/se varre com granada com fuzil, metralhadora. (Gritos de guerra do BOPE carioca)

Desde a diáspora africana o extermínio negro é uma permanência em nossa margem, um projeto político genocida que coloca o negro sempre em cena, como vilão principal, mas nega o racismo como cenário[64], uma situação que atravessa todos os sistemas penais identificados por Nilo Batista[65] explícito e representativo hodiernamente no *continuum* do Direito penal escravagista-doméstico[66], marca de nosso "Ornitorrinco

[62] NASCIMENTO, 1978, p. 93.
[63] RIBEIRO, 1995, p. 226.
[64] FLAUZINA, 2006, p. 41.
[65] BATISTA, N., 2002, p. 148.
[66] Id., 2000, p. 25.

punitivo"[67], que ainda tenta contabilizar os corpos daquela *cifra negra*[68], seguindo a marcha fúnebre alocada como epígrafe, cantarolada a pleno pulmões pelos "defensores da ordem".

A "guerra contra as drogas" conferiu uma nova "legitimação" ao genocídio negro nunca interrompido, uma estratégia política para nos deixar na vanguarda punitiva, pois o inimigo interno sempre foi o mesmo, a diferença é que hodiernamente a política de guerra é explícita, com o extermínio desde *a priori* legitimado. Um campo fértil para a proliferação e renovação do "fantasma negro" encarnado pelo traficante cujo estereótipo, desenhado por Vera Malaguti Batista[69], foi construído e difundido historicamente pelo racismo, demonizado, cínico e orgulhoso, afrontando os "cidadãos de bem", devendo ser exorcizado pela cruzada civilizatória cotidiana que sobe as favelas brasileiras (nosso campo de batalha de sempre) impulsionada pela dinâmica racismo/genocídio, um sintoma da barbárie impulsionada pelo excesso de civilização que há muito se tornou momentânea.[70]

O sucesso dessa guerra racial não se observa pelos lucros, mas pelos desaparecidos e mortos, diretos ou indiretos, sendo que em ambos é o Poder Executivo (no pior sentido da palavra) a agência responsável, atuando na ilegalidade (desaparecimentos, torturas e mortes diretas que formam a cifra oculta das violências policiais), no início da criminalização secundária (se os "suspeitos" tiverem a sorte de não serem mortos sumariamente) e no cumprimento da sentença (morte indireta no interior do cárcere).

Seguindo os dados dos homicídios no Brasil entre 2002 e 2011, Julio Jacobo Waiselfisz demonstra que em relação aos brancos há uma queda gradativa de 41% em 2002 para 28,2% em 2011. Em contrapartida, o genocídio negro se apresenta em uma escalada de 58,6% em 2002 para 71,4% em 2011, ou seja, "[...] a vitimização negra passa de 42,9% em 2002 – nesse ano morrem proporcionalmente 42,9% mais vítimas negras que brancas – para 153,4% em 2011, em um crescimento contínuo, ano a ano, dessa vitimização".[71]

[67] ANDRADE, 2012, p. 111.
[68] Ao contrário daquele conceito criminológico conhecido, não utilizamos o termo "negro" em sentido pejorativo. Utilizamos a nomenclatura "cifra negra" aqui em sua literalidade, como referência ao número inimaginável, que envolve todos os corpos negros resultante de uma histórica política exterminadora que teve início no "descobrimento" e cujo fim não se observa no horizonte.
[69] BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis**: droga e juventude pobre no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Revan, 1998, p. 28.
[70] MENEGAT, Marildo. **Estudo sobre ruínas**. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 18.
[71] WAISELFISZ, Julio Jacobo. **Mapa da Violência 2013**: Homicídios e Juventude no Brasil. Disponível em: http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2013/mapa2013_homicidios_juventude.pdf. p. 88.

Em nosso Direito Penal declarado a programação racial é demonstrada pelos dados oficiais que expõem sua "clientela: negros e pardos, que representam, nas estatísticas da população carcerária até junho de 2013, cerca de 54%.[72] O sucesso do nosso "Direito Penal subterrâneo"[73], que, em verdade, não é tão subterrâneo assim já que seu resultado é produzido à luz do dia para quem quiser ver, um dos que mais mata no mundo, é representado pela postura policial racista responsável, em 2013, pela morte de 2.190 pessoas, sendo que quase 70% dessas mortes são de jovens negros, vítimas do racismo institucional que continua (des)velado, sendo 30,5 mais vezes vítimas de homicídios/extermínio do que os brancos[74]. Em 2015, chegamos a marca de 82 corpos negros "triturados" diariamente[75], a mesma carne mais barata de sempre que segue sendo empilhada.

Dito de outro modo e mais claramente, se para os brancos a presença policial significa segurança, para os negros é completamente ao contrário, representando risco de vida, pois, esse "Direito Penal paralelo", exerce suas práticas (punições corporais, torturas e mortes sumárias) por dentro de todos os quadros teóricos, onde a cruzada racial não declarada é a mesma desde a construção da corporação, mantendo-se ilesa e fiel às suas origens, já que a função da Guarda Real de Polícia, no início do século XIX, era manter a ordem com as "Ceias de Camarão"[76] substituídas pelo extermínio, sendo que seu poder arbitrário e incontrolável se movimenta pela "invisibilidade estatal" utilizando como regra a execução, fator básico da cifra negra naturalizada, sempre crescente e quase nunca questionada pois tangente à legalidade que incorporada pela "defesa social" endossa seus atos.

[72] BRASIL, Ministério da Justiça. Departamento penitenciário nacional. Sistema Integrado de Informações Penitenciárias (InfoPen). Disponível em: http://portal.mj.gov.br Acesso em: 20 jan 2015.
[73] CASTRO, Lola Aniyar de. **Criminologia da libertação**. Tradução: Sylvia Moretzsohn. Rio de Janeiro: Revan, 2005, p. 96.
[74] BRASIL, Fórum Brasileiro de Segurança Pública. **Anuário 2014**. Disponível em: http://www.forumseguranca.org.br/storage/download//8anuariofbsp.pdf. Acesso em: 21 jan 2015, p. 06.
[75] Dados fornecidos pela ONG Anistia Internacional Brasil que fundamentaram a campanha: "Jovem negro vivo".
[76] De acordo com Vera Malaguti Batista, as "ceias de camarão" eram as torturas públicas nas quais as vítimas eram literalmente descascadas até sua carne ficar exposta. (BATISTA, V., 2003, p. 141).

7 Conclusão

Percorrendo o fio condutor histórico observamos que racismo e genocídio racial são nossas bases estruturais, dois lados da mesma moeda forjada pela exclusão dos indesejados para quem a violência estatal e o projeto político de extermínio foram direcionados, impulsionados e naturalizados, a ponto de se tornarem quase imperceptíveis pela raça/classe dominante que reconhece mais de 370 anos de sequestros e objetificações, mas nega a existência do racismo, de suas consequências, dos conflitos raciais, de sua importância como fator determinante na construção do país, da sua programação em relação às agências de controle racial-social e da sua importância enquanto instrumento de identificação, orgulho e organização política coletiva que transformou, ao longo dos anos, o *status* de coisa que representava o conceito de raça negra em fator de empoderamento.

A historicidade racial demonstra a herança composta pela miséria, subempregos, submoradias e subjulgação, marcadas a ferro em, aproximadamente, 53,1% da população brasileira[77], considerada sub-humana sempre a serviço dos "senhores", resultados de um projeto eficaz de desarme político da população negra, garantindo o sucesso do genocídio identitário, caracterizado pelo controle racial assimilacionista após o fracasso da arianização.

O conto do "país das maravilhas" também seduz(iu) os criminólogos brasileiros, salvo raríssimas exceções, que se limitam a criticar o controle social e a explícita e programática seletividade, identificando facilmente nossa "clientela" penal, enquanto mantêm nosso racismo inominável, negando o problema racial radical(izado). Assim, diluindo a questão racial em conflitos de classes, reforçam e (re)legitimam nosso racismo e seu processo genocida assimilacionista e despolitizante, observados pela manutenção do uso indiscriminado, (in)consciente e rotineiro de termos como "cifra negra", seletividade penal (e não racial), em controle social (e não racial) e em ordem social (e não racial).

A ignorância ou "desatenção" de nossa realidade racial, uma postura de negação de sua marginalidade e dependência central denunciada por Rosa Del Olmo, Lola Aniyar de

[77] Segundo a Pesquisa Nacional por Amostragem de Domicílio (PNAD) de 2013, do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Essa porcentagem nos coloca como segundo país com a maior população negra do mundo, perdendo apenas para a Nigéria.

Castro, Vera Andrade, Vera Malguti, Zaffaroni, Máximo Sozzo, dentre outros, mantém a antiga tradição de "traduzir" as teorias centrais no marco de seu ecletismo, desconsiderando em suas críticas nossas especificidades, uma postura iludida sobre um falso universalismo que os aproxima dos criminólogos positivistas, em que pese aqueles não perderem de vista o problema racial que se mantém, situando-o como centro gravitacional de suas traduções.

Inseridos, nessa condição, na questão racial brasileira, apontamos para uma verdadeira esquizofrenia racial que ignora nossas tensões e conflitos raciais, naturalizando, desde *a priori*, a dominação e hegemonia branca, um profundo déficit racial indicado por Paul Amar como "cegueira" que atinge nossa "elite crítica" que, além de não evidenciar o racismo dos autores centrais estudados, tornados "clássicos", em detrimento dos autores nacionais, "aceitam sem questionar as neutralizações, mascaramentos ou deslocamentos institucionalizados de raça para outra categoria de identidade social."[78]

Outrossim, tocar nessa ferida exposta, ocasionada pelos grilhões presentes e reforçados constantemente, é invocar os demônios que perturbam os lindos sonhos encantados da raça/classe dominante, um fantasma que não deve ser nomeado sob pena de se materializar em sopros emancipatórios e revolucionários decorrentes da conscientização coletiva coalizadora, outrora incorporado pelas insurreições negras.

Em nossa margem, devemos expor nosso realismo racial e com ele nosso racismo mal mascarado, reformulando conceitos e abrindo caminho para o seu (re)conhecimento como processo político genocida histórico e atemporal que transforma àquela mãe gentil (de poucos) em uma madrasta cruel (para a maioria), tornando-o em projeto político identitário e de conscientização da negritude, uma posição contra-hegemônica que traz consigo o impulso transformador de todos os instrumentos e agências do controle racial/social que formam nossa sociedade para concretizar àquelas velhas promessas do ilusório abolicionismo escravocrata.

Uma luta a muito travada que não se circunscreve à população negra, pois impulsionada pela utopia de uma novel sociedade, busca a construção de seus pilares em

[78] AMAR, Paul. Táticas e termos da luta contra o racismo institucional nos setores de polícia e de segurança. In: RAMOS, Silvia; MUSUMECI, Leonarda. **Elemento suspeito**: abordagem policial e discriminação na cidade do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira/Cesec, 2005. p. 236.

termos inclusivos. Não defendemos, assim, uma revolução racial segregacionista no melhor estilo *apartheid* às avessas, muito ao contrário, pois o olhar decolonizador que procura a conscientização racial e racista busca por soluções não apenas ao problema racial brasileiro somente encarado com objetivos genocidas, mas à característica excludente de nossa sociedade em relação à construção de "Outros", um processo que abrange o abolicionismo pleno, dentro do qual se encontra o abolicionismo penal.

8 Referências bibliográficas

AMAR, Paul. Táticas e termos da luta contra o racismo institucional nos setores de polícia e de segurança. In: RAMOS, Silvia; MUSUMECI, Leonarda. **Elemento suspeito**: abordagem policial e discriminação na cidade do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira/Cesec, 2005.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da criminologia**: o controle penal para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

ARAÚJO, Carlos Eduardo Moreira de. et al. **Cidades negras**: africanos, crioulos e espaços urbanos no Brasil escravista do século XIX. 2 ed. São Paulo: Alameda, 2006.

ARON, Raymond. **As etapas do pensamento sociológico.** 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

BATISTA, Nilo. Os sistemas penais brasileiros. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de. (Org.) **Verso e reverso do controle penal**: (des)aprisionando a sociedade da cultura punitiva. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002.

BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis**: droga e juventude pobre no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Revan, 1998.

_____**O medo na cidade do Rio de Janeiro:** dois tempos de uma história. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

_____**O realismo marginal**: criminologia, sociologia e história na periferia do capitalismo. 2007.

BRASIL, Fórum Brasileiro de Segurança Pública. **Anuário 2014**. Disponível em: http://www.forumseguranca.org.br/storage/download//8anuariofbsp.pdf. Acesso em 21 jan 2015, p. 06.

_____Senado Federal. **A abolição no Parlamento**: 65 anos de luta (1823-1888). 2 ed. Brasília: Senado Federal, 2012.

CARDOSO, Fernando Henrique. **Capitalismo e escravidão no Brasil meridional:** o negro na sociedade escravocrata do Rio Grande do Sul. 3. ed. Rio de Janeiro: paz e Terra, 1977.

CARDOSO. Paulino de Jesus Francisco. **Em busca de um fantasma:** as populações de origem africana em Desterro, Florianópolis, de 1860 a 1888. Disponível em: http://publicacoes.uniceub.br/index.php/pade/article/viewFile/143/132. Acesso em: 05 jan 2015.

CARLINI, Elisaldo Luiz de Araujo; RODRIGUES, Eliana; GALDURÓZ, José Carlos E. ***Cannabis sativa L.* e substâncias canabinóides em medicina.** São Paulo : CEBRID - Centro Brasileiro de Informações Sobre Drogas Psicotrópicas, 2005.

CASTRO, Lola Aniyar de. **Criminologia da libertação**. Tradução: Sylvia Moretzsohn. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

CHALHOUB, Sidney. **Visões da liberdade**: uma história das últimas décadas da escravidão na Corte. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

DAMATTA, Roberto. **A casa e a rua**: espaço, cidadania, mulher e morte no Brasil. São Paulo: Brasiliense, 1985.

DOMINGUES, Petrônio. **Uma história não contada**: negro, racismo e branqueamento em São Paulo no pós-abolição.São Paulo: Editora Senac São Paulo, 2004.

DUARTE, Evandro Charles Piza. **Criminologia e racismo**: introdução à criminologia brasileira. Curitiba: Juruá, 2011.

FERNANDES, Florestan. **O negro no mundo dos brancos**. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1972.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. **Corpo negro caído no chão**: o sistema penal e o projeto genocida do estado brasileiro. Brasília, DF, 2006. Dissertação de mestrado, Universidade de Brasília, 2006. Disponível em: http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/5117/1/2006_AnaLuizaPinheiroFlauzina.pdf Acesso em: 14 jan. 2014.

FLORES, Joaquín Herrera. **A (re)invenção dos Direitos Humanos**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

FREITAS, Décio. **O escravismo brasileiro**. 3. ed. Porto Alegre, Mercado Aberto, 1991.

GENELHÚ, Ricardo. **O médico e o direito penal**. vol. 1: introdução histórico-criminológica. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

HOBSBAWM, Eric. **A era do capital**: 1848-1875. Tradução de Luciano Costa Neto. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982.

KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. **Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito?**: uma análise histórico-juridico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2007.

LOMBROSO, Cesare. ***L'uomo bianco e l'uomo di colore****: Letture sull'origine e la varietà delle razze umane*. Bologna, Archetipolibri - CLUEB, 2012.

MATTOS, Hebe; et al. **Inventário dos lugares de memória do tráfico atlântico de escravos e da história dos africanos escravizados no Brasil**. 2013. Disponível em: http://www.labhoi.uff.br/sites/default/files/inventario_julho_2013.pdf . Acesso em: 23 jun 2014.

MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e fábrica**: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX). 2 ed. Rio de Janeiro: Revan.

MENDES, Iba. **O maravilhoso mundo de Darwin**. Edição digital, 2013.

MENEGAT, Marildo. **Estudo sobre ruínas**. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

NASCIMENTO, Abdias do. **O genocídio do negro brasileiro**: processo de um racismo mascarado. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978.

NOGUEIRA, Oracy. **Preconceito racial de marca e preconceito racial de origem**: Sugestão de um quadro de referência para a interpretação do material sobre relações raciais no Brasil. 2006. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/ts/v19n1/a15v19n1.pdf Acesso em 22 out. 2013.

RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro**: a formação e o sentido do Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

RODRIGUES, Raimundo Nina. **As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil.** 3. ed. Salvador: Livraria Progresso, 1957.

_____ **Os africanos no Brasil**. Centro Edelstein de Pesquisas Sociais: Rio de Janeiro, 2010.

SAAD, Luísa Gonçalves. "**Fumo de negro**": a criminalização da maconha no Brasil (c. 1890-1932). Salvador, 2013. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal da Bahia. Disponível em: https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/13691/1/DISSERTA%C3%87%C3%83O%20LUISA%20SAAD.pdf Acesso: 25 fev 2014.

SERAFIM, Vanda Fortuna. **Nina Rodrigues e as religiões afro-brasileiras**: A "formalidade das práticas" católicas no estudo comparado das religiões (Bahia - século XIX). Tese

(doutorado) – Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Centro de Filosofia e Ciências Humanas. Programa de Pós-Graduação em História. Florianópolis, SC, 2013.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. **O espetáculo das raças**: cientistas, instituições e questão racial no Brasil – 1870-1930. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

SOZZO, Máximo. **Viagens culturais e a questão criminal**. Tradução Sérgio Lamarão. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

WAISELFISZ, Julio Jacobo. **Mapa da Violência 2013**: Homicídios e Juventude no Brasil. Disponível em: http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2013/mapa2013_homicidios_juventude.pdf

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. ***Criminología.*** *Aproximación desde una margen*. Bogotá: Temis, 1988.

_____Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

PROVA DE CARÁTER: A *CHARACTER EVIDENCE* NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Francisco Yukio Hayashi[*]

Palavras-chave: prova; prova impertinente; character evidence.

Resumo: O presente estudo objetiva introduzir e analisar o problema da aplicabilidade da regra de proibição geral da *character evidence* existente na *common law* ao processo penal brasileiro, a partir da hipótese de ser possível essa incorporação. Usando o método dedutivo, busca-se averiguar a razoabilidade da hipótese levantada. Inicialmente, conceitua-se a *character evidence* – prova de caráter, em uma tradução livre – e esclarece-se que no sistema anglo-saxão existe uma proibição geral de admissibilidade dessa prova, justificada principalmente por seu uso contrariar o princípio de que a sanção penal deve ser aplicada apenas em razão de atos específicos, não em virtude da personalidade do agente. Considerando que no processo penal brasileiro essa limitação não existe, mas que no Direito Penal brasileiro também não se admite a punição do acusado pelo que ele é, mas apenas por uma conduta sua, sustenta-se ser defensável a incorporação da proibição geral do uso dessa prova existente na *common law* ao processo penal brasileiro. Justifica-se a razoabilidade dessa incorporação porque esse tipo de prova desvia a atenção do juiz do fato particular narrado na denúncia, e objeto da ação penal, para a índole do acusado, alimentando o quadro mental paranoico que Franco Cordero denuncia, com potencial de induzir o magistrado a decidir por presunção factual, contrariando a presunção de inocência e a necessária correlação entre denúncia e sentença. Assim, a prova de caráter escapa ao conteúdo do processo penal, que é sempre a reconstituição de um fato pretérito, consistente em uma conduta humana específica e externalizada, na proporção de uma verdade processualmente válida. Logo, trata-se de uma prova impertinente, havendo fundamento legal para sua exclusão do processo no artigo 400, § 1º, do Decreto-lei 3.689/1941. Conclui-se, em resposta ao problema, que a limitação geral de uso da *character evidence* existente na *common law* é, pela argumentação apresentada, recepcionável pelo processo penal brasileiro.

[*] Graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Pós-graduando em Direito Penal e Processo Penal pela Faculdade de Direito Prof. Damásio de Jesus. http://lattes.cnpq.br/9263779942539236

Key-words: rule of evidence; character evidence.

Abstract: This study seeks to introduce and to analyze the problem of the applicability of the exclusionary rule of character evidence from the common law in the brazilian criminal trials, on the assumption that is possible this merging. Using the deductive method, is sought to determine the reasonableness of the hypothesis raised. Initially, the character evidence is defined and is clarified that in the anglo-saxon system there is a general exclusionary rule of this kind of evidence, mainly explained by the principle that no one shall be trialled based on his personality, but solely on specific acts alleged on the criminal charges. Whereas the brazilian criminal procedure rules doesn't forbid the use of character evidence, but also rejects trial by character, it is argued to be defensible the incorporation of the general rule of prohibition of character evidence from the common law in the brazilian criminal trials. The reasonableness of the incorporation is justified because this kind of evidence shifts the attention of the judge from the criminal charges to the character of the accused, feeding the paranoid mindset that Franco Cordero denounces, with potential to induce the magistrate to decide by factual presumption, contrary to the presumption of innocence and the necessary correlation between the criminal charges and the final judgement. Thus, the character evidence is impertinent to the criminal trial, which is always the reconstruction of a past fact, defined as a specific and externalized human conduct in the proportion of a procedurally valid truth. Therefore, it can be excluded on legal basis at the article 400, § 1º, of the brazilian Criminal Procedure Code. The conclusion, in response to the questioning, is that the general rule of prohibition of character evidence from the common law can be incorporated in the brazilian criminal trials.

1 Introdução

Os sistemas de gestão de prova de cada ordenamento jurídico nacional possuem peculiaridades próprias. É uma consequência necessária da estrutura tridimensional do Direito, isto é, do Direito como integração normativa de fatos segundo valores. Entretanto, as aproximações das normas de gestão de prova de diferentes ordenamentos jurídicos são muitas vezes possíveis – e até necessárias – por comumente se basearem

tais regras em invariantes axiológicas comungadas pelas diferentes ordens jurídicas. É nessa perspectiva, de aproximação entre sistemas jurídicos nacionais, a partir da comunhão de valores entre eles, que se situa o presente estudo. Neste caso, a aproximação é entre a experiência jurídica anglo-saxã e a brasileira. Busca-se introduzir e analisar o problema da aplicabilidade da regra de proibição geral da *character evidence* existente na *common law* ao processo penal brasileiro. Tratando-se de matéria afeta ao campo da opinião, ou seja, de matéria alheia a verdades apodíticas, parte-se da hipótese de ser possível essa incorporação da proibição geral da *character evidence* ao processo penal brasileiro, fixam-se as premissas para a argumentação e a partir disso pretende-se a demonstração da razoabilidade dessa hipótese, com uso do método dedutivo.

Esse estudo, a respeito do que decidimos chamar, em uma tradução livre, "prova de caráter", inicia-se, evidentemente, pela análise do tratamento desse tipo de prova em seu contexto originário da *common law*, na busca de uma definição e de uma superfície de contraste para o estudo comparado. Destacar-se-á, entretanto, que essa análise mostra-se sobremaneira dificultada, pelo caráter difuso do sistema de precedentes, combinado com a carestia de bibliografias nacionais no assunto. De fato, o tema da *character evidence* não foi tratado pela doutrina brasileira. Por isso, com certo grau de arbitrariedade, conceituar-se-á a *character evidence* como a prova da índole do acusado destinada a comprovar que ele praticou o fato criminoso de acordo com essa sua índole. A definição da prova de caráter vem acompanhada da apresentação de seu tratamento no sistema anglo-saxão, onde existe uma proibição geral de admissibilidade dessa prova, lá justificada principalmente por seu uso contrariar o princípio de que a sanção penal deve ser aplicada apenas em razão de atos específicos, não em virtude da personalidade do agente.

Considerando que no processo penal brasileiro não existe uma proibição geral ao uso de provas dessa espécie, mas que no Direito Penal brasileiro também não se admite a punição do acusado pelo que ele é, mas apenas por uma conduta sua, julgar-se-á defensável a incorporação da proibição geral do uso dessa prova existente na *common law* ao processo penal brasileiro. Seguindo na argumentação, justificar-se-á a razoabilidade dessa incorporação porque esse tipo de prova desvia a atenção do juiz do fato particular narrado na denúncia, e objeto da ação penal, para a índole do acusado, alimentando o quadro mental paranoico que Franco Cordero denuncia, com potencial de

induzir o magistrado a decidir por presunção factual, contrariando a presunção de inocência e a necessária correlação entre denúncia e sentença.

Concluir-se-á, então, que a prova de caráter escapa ao conteúdo do processo penal, que é sempre a reconstituição de um fato pretérito, consistente em uma conduta humana específica e externalizada, na proporção de uma verdade processualmente válida. Nessa perspectiva, seria, portanto, uma prova impertinente, havendo fundamento legal para sua exclusão do processo no artigo 400, § 1º, do Decreto-lei 3.689/1941. Desse modo, em resposta ao problema colocado, decidir-se-á que a limitação geral de uso da *character evidence* existente na *common law* é, pela argumentação apresentada, recepcionável pelo processo penal brasileiro. Desde já há destacar, todavia, que dada a limitação da presente pesquisa, o que ora se propõe é, realmente, um primeiro voltar de olhos para o tema, através da introdução do assunto e da defesa da possibilidade de aproximação entre nossa tradição processual penal e o modelo de gestão de prova da *common law* no que se refere à *character evidence*, sem o esgotamento de tão rica temática.

2 A *character evidence* na *common law*

Pelo caráter difuso da *common law*, onde é dado especial destaque à criação do Direito por precedentes (DAVID, 2002), o que nos Estados Unidos se combina com a natureza disjuntiva da Federação (SILVA, 2009), o tratamento da *character evidence* é muito variável. No Reino Unido e nos Estados Unidos, os mais conhecidos representantes da tradição jurídica anglo-saxã, esse tipo de prova possui regimes jurídicos diversos. No Reino Unido, a matéria é regulada no Capítulo 1 da Parte 11 do *Criminal Justice Act* de 2003, denominado *Evidence of Bad Character* (REINO UNIDO, 2015). Já nos Estados Unidos, a regulamentação é diversa em cada estado-membro. No âmbito da Justiça Federal norte-americana, aplicam-se as Regras 404 e seguintes das *Federal Rules of Evidence* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2015). Todas as previsões normativas se submetem, ainda, a alterações pela *case law*, isto é, pelos precedentes judiciais, tornando ainda mais difícil um recorte definitivo para um estudo de direito comparado.

A falta de unidade de tratamento na *common law* torna a primeira aproximação entre o regime da prova de caráter no sistema jurídico anglo-saxão com o ordenamento

positivo pátrio em certa medida arbitrária. Essa arbitrariedade deveria ser superada através de um extenso estudo da *character evidence* em seu contexto originário, com amplo levantamento da *case law* existente e dos diversos diplomas normativos que regulamentam sua utilização, conforme a metodologia de PILATI (2000). Entretanto, essa pesquisa ainda não se realizou no Brasil, como demonstra a carestia de bibliografia nacional sobre o assunto[372], nem se pretende neste trabalho seminal, cujo intuito é propedêutico. De fato, no âmbito da *civil law*, logrou-se encontrar para subsidiar esta pesquisa apenas os trabalhos pioneiros de PLANCHADELL GARGALLO (2008 e 2010), *La regla de exclusión de la prueba sobre el mal carácter en el proceso penal inglés* e *¿Existe la prueba de mal carácter en el derecho procesal penal español?*[373]. Por isso e por já trazerem o tema sob as lentes de um jurista do continente, serão ambos os trabalhos que nos conduzirão através do regime jurídico da prova de caráter na *common law*, além da leitura direta dos referidos diplomas normativos inglês (REINO UNIDO, 2015) e norte-americano (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2015).

PLANCHADELL GARGALLO (2008 e 2010) explica que, na Inglaterra, existem três hipóteses de exclusão da prova do processo penal: a prova ilícita, o testemunho de ouvir dizer (*hearsay*) e a prova de caráter. Cada uma dessas hipóteses possui uma teleologia. A vedação da prova ilícita impede que o Estado utilize seus recursos para desequilibrar a balança de forças entre acusação e defesa. A proibição de *hearsay testimony* exige a presença das testemunhas no tribunal, para que seja possível o contraditório através de inquirição direta pelas partes. Já a exclusão da prova de caráter

[372] No Brasil, o tema específico da *character evidence* ainda não foi tratado de modo amplo e específico pela doutrina, encontrando-se apenas referências bastante esparsas na bibliografia, como no texto de GUARDIA *Law of Evidence e Common Law* (2012), e na obra de ARMENTA DEU *A Prova Ilícita*, introduzida no Brasil pela tradução de Nereu José Giacomolli (2014). Deve-se deixar claro que a questão do *trial by character* é amplamente abordada pelos estudiosos (ainda que não com o uso da terminologia anglo-saxã) – e sua existência severamente criticada – porém, ausente referências expressas à regra de proibição geral da *character evidence* existente na *common law*, que visa dar efetividade à norma que proíbe o *trial by character*. Veja-se, nesse sentido, o texto de LOPES JR. e ROSA, *O passado condena?* (2015). Acreditamos que o presente trabalho contribui para o debate da "valoração negativa da personalidade", como afirma Amilton Bueno de Carvalho, citado por LOPES JR. e ROSA (2015), na medida em que apresenta uma perspectiva de aprimoramento procedimental para mitigar a ocorrência de julgamentos fundados mais na personalidade e menos nos fatos.

[373] Registramos um agradecimento especial à professora Andrea Planchadell Gargallo, professora titular de Direito Processual Penal da Universitat Jaume I da Espanha, que gentilmente nos cedeu para o início desta pesquisa cópia dos trabalhos referidos. Como se verá ao longo deste artigo, os artigos por ela já produzidos sobre o tema foram imprescindíveis à nossa compreensão da *character evidence.* Suas lições sobre a *character evidence* permeiam toda a redação deste trabalho.

força que o caso penal orbite sobre os fatos realmente controvertidos, em relação aos quais deve se manifestar o Poder Judiciário. Abunda-se da opinião da citada autora, para quem a mais interessante é a última delas. Isso sobretudo por ser a *character evidence* pouco conhecida e não ter tratamento restritivo em nosso direito positivo.

Note-se que *provas referidas ao caráter* de alguém não são de todo desconhecidas em nosso ordenamento. As testemunhas abonatórias do réu são praxe em processos onde a produção de contraprova pela defesa é difícil ou impossível. Além disso, nos casos de suspeição de testemunhas ou de agentes públicos, comumente se produzem provas com o intuito de demonstrar malícia. Quando referidas à comprovação da imputação – caso ao qual reservamos a terminologia de *prova de caráter* –, o tratamento normativo não existe, havendo um vácuo normativo[374]. Talvez, o mais próximo de um tratamento restritivo da prova de caráter no direito brasileiro seja a previsão do artigo 478 do Código de Processo Penal, que veda referências nos debates do júri à decisão de pronúncia, à determinação do uso de algemas ou ao silêncio do acusado. Ainda assim, essa previsão está bastante distante da ampla limitação ao uso desse tipo de prova existente no sistema anglo-saxão – além de não se referir propriamente à produção probatória, mas à argumentação das partes, nem à prova de caráter, mas a argumentos de autoridade. Por outro lado, parece realmente ser regra, no Brasil, o uso da prova de caráter. Por exemplo, o artigo 6º, inciso VIII, do Código de Processo Penal determina a juntada aos autos do inquérito de folha de antecedentes do indiciado, já o artigo 187, § 1º, do mesmo código, dispõe que o interrogatório do acusado deve abranger suas oportunidades sociais, sua vida pregressa e outros dados sociais.

A prova de caráter é a prova destinada a comprovar que o acusado possui uma predisposição a atuar de certa maneira reprovável. É a prova da índole do acusado destinada à comprovação de que ele praticou o fato criminoso que lhe é imputado de acordo com essa sua índole. De acordo com a Seção 98 do *Criminal Justice Act* de 2003 (REINO UNIDO, 2015), são as provas de, ou de uma disposição para, mau comportamento. Na Seção 112 ainda se afirma que mau comportamento é a prática de uma conduta ilícita ou qualquer outro comportamento repreensível. No mesmo sentido, a Regra 404 das *Federal Rules of Evidence* norte-americanas (ESTADOS UNIDOS DA

[374] Este vácuo é preenchido, vez ou outra, por decisões judiciais casuísticas, em audiência. Pode ocorrer, de a defesa objetar perguntas dirigidas a testemunhas ou réus relacionadas ao caráter do acusado e o magistrado deferir a objeção. Todavia, tal decisão é fruto do arbítrio. Não há nenhum dever deontológico do juiz. Dessarte, tais eventos da práxis forense não esvaziam o debate ora proposto, antes reforçam sua importância e validade.

AMÉRICA, 2015) afirma ser proibida a prova do caráter ou de traço do caráter de uma pessoa, quando destinada a provar que em uma ocasião particular essa pessoa agiu de acordo com esse caráter ou traço.

PLANCHADELL GARGALLO (2008 e 2010) ressalta que se argumenta, tradicionalmente, ser a prova de caráter inerentemente injusta, afinal de contas, quando o magistrado sabe que o acusado possui antecedentes, é muito mais provável considerá-lo culpado. Mais precisamente, esse tipo de prova é contrário ao devido processo legal pois possui um poder persuasivo na formação de um juízo condenatório desproporcional à sua relevância probatória. Presume-se que a prova de caráter não possui uma importância lógica ou possui uma relevância apenas tangencial na comprovação da imputação mas, em contrapartida, é determinante na formação da íntima convicção do magistrado. À vista disso, o *Criminal Justice Act* de 2003 prevê expressamente a rejeição da prova quando o juízo entender que sua admissão gerará um efeito adverso ao devido processo, em uma cláusula geral de exclusão (REINO UNIDO, 2015). Porém, PLANCHADELL GARGALLO (2008 e 2010) também destaca que a regulamentação inglesa permite a utilização frequente desse tipo de prova, sobretudo por abrir diversas exceções à proibição geral, por exemplo quando há acordo entre as partes acerca da admissão da prova, quando se trata de indícios explicativos de outras provas ou quando é relevante para uma questão importante em discussão entre o réu e a acusação. De fato, o Criminal Justice Act de 2003 prevê diversas exceções à proibição geral (REINO UNIDO, 2015) O mesmo se verifica na legislação federal norte-americana (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2015). Entretanto, malgrado haver exceções, a regra é a proibição geral.

Em *Michelson v. United States* (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1948), a Suprema Corte dos Estados Unidos confirma a existência da proibição geral do uso da *character evidence*, com fundamento na *case law*. Nesse precedente, afirma-se que "os tribunais que seguem a tradição da *common law* quase unanimemente vieram a não permitir o uso pela promotoria de nenhum tipo de prova do caráter malicioso do réu para estabelecer uma probabilidade de sua culpa". A corte destaca, ainda, que essa vedação não ocorre em virtude da irrelevância do caráter do acusado para o julgamento do feito, pelo contrário, sua causa se justifica exatamente porque o caráter do acusado possui muito peso na formação da convicção do julgador, de tal forma que esse tipo de prova pode acabar negando ao réu a oportunidade de se defender contra a denúncia

particular. Por isso, a proibição geral, "prevenindo confusão de questões, supresas desleais e indevido preconceito" (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1948).

A conclusão necessária, aqui, é haver uma proibição geral do uso da prova de caráter na *common law*, justificada principalmente por seu uso contrariar o princípio de que a sanção penal deve ser aplicada apenas em razão de atos específicos, objetos do processo, não em virtude da personalidade do agente. LEONARD (1998) frisa expressamente ser "um dos mais antigos princípios do Direito anglo-americano" o de que uma pessoa não deve ser julgada por referências ao seu passado, tendo este princípio conduzido naturalmente à regra de proibição geral da *character evidence*, que se consolidou já no início do século XIX. O autor refere o precedente *People v. Molineux*, de 1901, onde a Corte de Nova Iorque ressalta a importância histórica da vedação da prova de caráter (*apud* LEONARD, 1998, tradução livre):

> A regra probatória geral aplicável aos julgamentos criminais é que o Estado não pode provar contra um réu nenhum crime não alegado na denúncia, seja como fundamento para uma punição separada, ou como auxílio às provas de que ele é culpado pelo crime imputado. Essa regra, tão universalmente reconhecida e tão firmemente estabelecida em todas as terras falantes do Inglês, está enraizada naquele invejado zelo pela liberdade individual que distinguiu nosso Direito de todos os outros, ao menos desde o nascimento da Magna Charta. É o produto daquele mesmo humano e iluminado espírito público que, falando através de nossa *common-law*, decretou que toda pessoa denunciada pela prática de um crime deve ser protegida pela presunção de inocência até que seja provada culpada para além de uma dúvida razoável.

Uma vez que na *civil law* e no Direito Penal brasileiro também não se admite a punição do acusado pelo que ele é, mas apenas por uma conduta sua, levanta-se a hipótese da aplicação da limitação geral do uso desse tipo de prova existente na *common law* ao processo penal brasileiro.

3 A prova de caráter e sua impertinência no processo penal brasileiro

Para iniciar o argumento a favor da incorporação no processo penal brasileiro da vedação geral da prova de caráter, confirmando a hipótese suscitada, é preciso primeiramente rememorar a lição da MIRANDA COUTINHO (1989 e 2014) de que o conteúdo do processo penal é a reconstituição de um fato pretérito, na proporção de uma verdade processualmente válida. É o "caso penal", onde a jurisdição atua para fazer

o acertamento do fato (MIRANDA COUTINHO, 1989). Esse fato pretérito, é importante dizer, é sempre um fato social, dada a intersubjetividade do direito, como explica REALE (1994 e 2002). Como fato social, o fato pretérito reconstruído no processo penal é, portanto, fato externo, é fato que gera alteração no plano social, não apenas na realidade da consciência individual. De fato, não poderia ser diferente, haja vista o chamado princípio da exteriorização do fato (GOMES, 2007), que restringe o campo normatizável pelo Direito Penal – e consequentemente o objeto de cognição do processo penal – às condutas que se projetam para o mundo exterior ao indivíduo. A conduta penalmente relevante é sempre conduta que se projeta no mundo social. Assim defende ROXIN (1997), que define a conduta como exteriorização da personalidade; JAKOBS (2012), que diferencia os processos internos e externos do sujeito em um referencial normativo e não naturalista; e WELZEL (2011), para quem a conduta é a atividade dirigida conscientemente em razão de um fim, iniciada na esfera do pensamento e continuada no mundo externo[375].

O conteúdo do processo penal, ademais, não é apenas fato externo, mas fato definido. A denúncia formulada pelo titular da ação penal cristaliza o objeto da ação penal, delimitando os próprios poderes de cognição do tribunal e o âmbito do caso julgado, pelo princípio da correlação entre a denúncia e a sentença. Consequentemente, também ficam delimitadas as matérias pertinentes de prova e, portanto, as possibilidades de produção probatória pelas partes. A matéria pertinente de prova, logo, é o fato pretérito e externo definido, narrado na denúncia, que será objeto de reconstrução no processo. Porém, a *character evidence*, quando admitida, tende a desviar a atenção do juiz do fato dito delituoso, da *causa petendi* da ação penal. Ela confunde a cognição processual pelo juiz, afastando-o da análise do que realmente aconteceu na ocasião particular. Sua introdução pode induzir o julgador a decidir por presunção factual, punindo o dito mau homem por causa de seu caráter, apesar das evidências que mostram o que realmente aconteceu – ou da falta dessas evidências –

[375] Não se confunda a projeção da conduta para o mundo exterior com um conceito naturalístico de conduta da Escola Clássica do Direito Penal (VON LIZST, 1927, e BELING, 1944, *apud* BITENCOURT e MUÑOZ CONDE, 2004). A exteriorização que ora se trata é exteriorização como aquisição de significado social. A conduta relevante ao Direito Penal é aquele que se constitui em relação intersubjetiva. A omissão – que é o não agir, e portanto a ausência de causalidade naturalística – é, pois, conduta exteriorizada quando compõe uma relação social. Rememore-se ser a questão penal da definição do conceito de conduta de difícil equacionamento, objeto de estudo ao longo de todo o desenvolvimento da Dogmática Jurídico-penal. Não se pretende sua solução no presente trabalho. Apenas toma-se como premissa o fato de sempre se verificar na conduta penalmente relevante – independentemente da escola penal – uma relação intersubjetiva, rejeitando-se a punição de condutas absolutamente internalizadas.

caso em que deveria prevalecer a presunção de inocência. Isso, por óbvio, não se coaduna com a axiologia constitucional do devido processo legal.

A situação fica sobremaneira agravada quando analisada considerando o quadro mental paranoico, que Franco Cordero denuncia (MARRAFON, 2014, *apud* CORDERO, 1986). O quadro mental paranoico é consequência do "primado da hipótese sobre os fatos", identificado quando o sujeito forma sua convicção e, a partir daí, despreza as provas e evidências que contrariam essa convicção, acatando apenas aquelas que a confirmam. A observação de CORDERO destina-se, sobretudo, à crítica do sistema inquisitório, que autoriza o juiz a "decidir e, depois, sair em busca do material probatório suficiente para confirmar a 'sua' versão, isto é, o sistema legitima a possibilidade da crença no imaginário, ao qual toma como verdadeiro" (MIRANDA COUTINHO, 2014, *apud* CORDERO, 1986). Entretanto, a concepção do quadro mental paranoico também se estende à crítica do uso da prova de caráter.

Primeiramente, é importante realçar que na tradição anglo-saxã, conquanto não prevaleça a terminologia de CORDERO, fala-se na *tunnel vision* (visão seletiva, em tradução livre). É, em resumo, condição análoga ao "quadro mental paranoico". Na lição do desembargador português João Gomes de Sousa (PORTUGAL, 2013):

> A "*tunnel vision*" das entidades investigatórias e instrutórias [é] a atenção exclusiva sobre uma pessoa ou facto, que afasta da mente do investigador a atenção sobre outras pessoas ou factos relevantes ou sobre a possibilidade de confirmação de alibis ou de motivações esconsas - cria sombras assentes em convicções, emoções e crenças bem pensantes, onde deveria reinar a calma e o equilíbrio, acima de tudo a racionalidade, a experiência e o saber, ou este feito daquela.

A *character evidence* também atua no quadro mental paranoico – ou na *tunnel vision*. É que, enquanto a iniciativa probatória do magistrado compele ele, partindo da lição de HEIDEGGER (*apud* REALE, 2002), a intuir algo do perguntado, a prova de caráter age na intuição mesma, conduzindo o magistrado a intuir a culpa do acusado – em contrariedade à presunção de inocência. FINDLEY e SCOTT (2014) citam estudos onde se verificou que, observadores aos quais foi contado com antecedência que determinadas pessoas tinham algumas características, tendiam a constatar essas características, estivessem elas presentes ou não nas pessoas observadas. Isso é consequência do que os autores chamam "*belief persistence*" – persistência da crença, em tradução livre – que é o primado da hipótese sobre os fatos. Portanto, no que se refere

ao quadro mental paranoico, o contato do magistrado com a prova de caráter também pode dar ensejo a essa condição.

Já positivamente, tanto na busca de provas para afirmação da convicção já formada – identificada por MIRANDA COUTINHO (2014) como característica determinante do sistema inquisitório puro – como no uso da prova de caráter para fundamentar o juízo condenatório há uma violação do princípio da inércia da jurisdição. Isso porque esse princípio veda não apenas a iniciativa probatória do juízo, mas também a sentença não correlacionada com a imputação (MIRANDA COUTINHO, 2014). No caso do uso da *character evidence* a situação é, sob certo ponto de vista, até mesmo pior que aquela criticada por Franco Cordero, pois nem sequer há busca de provas, a convicção se forma simplesmente pelo histórico reprovável do acusado[376].

De tudo disso, entendemos incorporável ao sistema processual penal pátrio a limitação geral do uso da prova de caráter. Essa limitação não se dá, é importante destacar, sem fundamento legal. Uma vez que a prova de caráter é a prova destinada a comprovar que o acusado possui uma predisposição a atuar de certa maneira, e que essa predisposição pouco interessa ao caso penal, haja vista seu objeto ser uma conduta externalizada específica e pretérita, a prova de caráter é prova impertinente, podendo ser excluída com base no artigo 400, § 1º, do Código de Processo Penal. Essa exclusão maximiza a presunção de inocência e o princípio acusatório, reforçando a necessária correlação entre imputação e sentença, limitando o objeto de cognição pelo juiz ao fato pretérito e externo individualizado na denúncia[377].

4 Considerações finais

[376] É curioso notar que a proibição da *character evidence* está presente exatamente na *common law*, sistema cujo processo penal é qualificado como "tipicamente acusatório" (PRADO, 2005). Tal sucesso faz surgir a hipótese de que a proibição da prova de caráter é também um elemento essencial de um sistema acusatório de gestão da prova processual penal – por mitigar ao máximo a ocorrência do primado da hipótese sobre os fatos. Ou seja, não se caracterizaria o sistema acusatório apenas pela vedação da iniciativa probatória ao magistrado, mas também por lhe ser defeso o contato e, na pior das hipóteses, a incorporação ao processo da prova de caráter. O tema deve ser objeto de pesquisa mais ampla, inabarcável no presente trabalho.

[377] Nada impede a argumentação mais aprofundada acerca da inadmissibilidade da prova de caráter desde uma perspectiva constitucional do processo penal, tornando desnecessária a referência a uma norma infraconstitucional positivando a proibição de seu uso – pois, quaisquer disposições infraconstitucionais admitindo a *character evidence* seriam inconstitucionais ou não teriam sido recepcionadas pela Constituição. Essa argumentação é de fundamental importância. Mas apenas deixa de ser aprofundada com a merecida atenção pelo caráter propedêutico do presente trabalho. Porém, frise-se que não se deixa de argumentar desde uma invariante axiológica fundamental: a proibição *prima facie*, tanto na *common law* como na *civil law* e, portanto, também em nossa ordem constitucional, do *trial by character*, do julgamento pelo caráter e não por condutas específicas e externalizadas.

Registradas as dificuldades no desenvolvimento inicial da pesquisa em torno da *character evidence*, construiu-se uma definição com base no material disponível, concluindo-se que a prova de caráter é a prova da índole do acusado destinada à comprovação de que ele praticou o fato criminoso que lhe é imputado de acordo com essa sua índole. Ainda nessa senda, mostrou-se que no sistema anglo-saxão existe uma proibição geral de admissibilidade desse tipo de prova, justificada principalmente por seu uso contrariar o princípio de que a sanção penal deve ser aplicada apenas em razão de condutas específicas, não em virtude da personalidade do agente.

Frisou-se que no âmbito do Direito Penal brasileiro também não se admite a punição do acusado pelo que ele é, mas apenas por uma conduta específica e externalizada, sendo este o objeto do caso penal. A partir dessa premissa, defendeu-se a aplicação da limitação geral do uso desse tipo de prova existente na *common law* ao processo penal brasileiro. Reforçou-se o argumento a partir do referencial teórico de Franco Cordero, que apresenta o fenômeno do quadro mental paranoico. Ressaltou-se que tanto a iniciativa probatória do magistrado como o contato com a prova de caráter influenciam na construção de uma hipótese contrária à presunção de inocência, que, combinada ao primado da hipótese sobre os fatos, leva a julgamentos contrários à axiologia constitucional do processo penal. Considerando isso, concluiu-se pela razoabilidade da incorporação da proibição geral de uso desse tipo de prova existente na *common law* ao processo penal brasileiro, tomando como fundamento legal o artigo 400, § 1º, do Decreto-lei 3.689/1941. O objetivo do trabalho foi, assim, alcançado, com a demonstração da razoabilidade da hipótese levantada.

Destaque-se, finalmente, ser este artigo um trabalho seminal, que de modo algum pretende esgotar o assunto em questão. A *character evidence* recebe tratamentos diversos no sistema anglo-saxão, sendo inclusive matizada a proibição geral através de diversas exceções. Essas exceções, suas justificativas, e sua incorporação no processo penal pátrio, junto com a regra de proibição geral, devem ser objeto de estudo. Ademais, a definição de um regime jurídico detalhado para a *character evidence* no processo penal brasileiro passaria, necessariamente, pela análise da correlação entre a prova de caráter e a prova do elemento subjetivo do crime, além da inquirição da importância desse tipo de prova na dosimetria da pena.

Entretanto, a análise nesse espectro mais amplo extrapolaria o intuito deste texto, que é introduzir o assunto, iniciando um debate – o que não se faz sem a defesa da

possibilidade de incorporação do instituto estrangeiro em nosso sistema, senão desde o início malogrado seria qualquer esforço – e, principalmente, realizando uma sugestão inicial à consciência dos operadores do direito da existência de "provas de caráter", cujo valor na formação da convicção entende-se deva ser ponderado com especial atenção.

5 Referências bibliográficas

ARMENTA DEU, Teresa. **A prova ilícita**. Tradução: Nereu José Giacoolli. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

BELING, Ernest von. **Esquema de derecho penal**. Tradução: Sebastian Soler. Buenos Aires: Depalma, 1944.

BITENCOURT, Cezar Roberto; CONDE, Francisco Muñoz. **Teoria geral do delito**. São Paulo: Saraiva, 2004.

CORDERO, Franco. **Guida alla procedura penale**. Torino: UTET, 1986.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. Tradução: Hermínio Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Federal Rules of Evidence**. Disponível em: <http://federalevidence.com/downloads/rules.of.evidence.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2015.

_____. Suprema Corte dos Estados Unidos. **Michelson v. United States, 335 U.S. 469**. 1948. Disponível em: <https://scholar.google.com.br/scholar_case?case=15586065925519278893&q=michelson+united+states&hl=en&as_sdt=4,60>. Acesso em: 23 mar. 2015.

FINLEY, Keith A.; SCOTT, Michael S. **The multiple dimensions of tunnel vision in criminal cases**. Disponível em: <http://hosted.law.wisc.edu/lawreview/issues/2006-2/findley-scott.pdf>. Acesso em: 29 set. 2014

GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal**: introdução e princípios fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v.1.

GUARDIA, Gregório Edoardo Raphael Selingardi. **Law of evidence e common law**. 2012. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67963/70571>. Acesso em: 29 set. 2014.

JAKOBS, Günther. **Fundamentos do direito penal**. 2. ed. Tradução: André Luís Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

LEONARD, David. **In defense of the character evidence prohibition**: foundations of the rule against trial by character. 1998. Disponível em: <http://ilj.law.indiana.edu/articles/73/73_4_Leonard.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2015.

LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Morais da. **O passado condena?** Quando não se julga pela razão, mas pelos antecedentes. 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-mai-08/limite-penal-quando-nao-julga-razao-pelos-antecedentes>. Acesso em: 8 mai. 2015.

MARRAFON, Marco Aurélio. **Quadro mental paranoico não pode imperar na solução de casos jurídicos**. 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-jul-14/constituicao-poder-quadro-mental-paranoico-nao-imperar>. Acesso em: 10 abr. 2015.

MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá, 1989.

_____. **Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro**. Disponível em: http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/view/1892/1587. Acesso em: 29 set. 2014.

PILATI, José Isaac. **Teoria e prática do direito comparado**. Florianópolis: OAB, 2000.

PLANCHADELL GARGALLO, Andrea. **La regla de exclusión de la prueba sobre el mal carácter en el proceso penal inglés**. *In*: Prueba y Proceso Penal. Análisis especial de la prueba prohibida en el sistema español y en el derecho comparado. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.

_____. **¿Existe la prueba de mal carácter en el derecho procesal penal español?**. *In*:: Temas dogmáticos y probatorios de relevancia en el proceso penal del siglo XXI. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2010.

PORTUGAL. Tribunal da Relação de Évora. Segunda Subseção Criminal Relator: SOUSA, João Gomes de. **Processo 18/08.5GDODM.E1**, de 11 de maio de 2013. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/824e461e820bcefa80257de10056fc8e?OpenDocument>. Acesso em: 11 abr. 2015.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. Disponível em: <https://www.academia.edu/8507492/Sistema_Acusatorio_A_Conformidade_Constitucional_3a_ed>. Acesso em: 14 mai. 2015.

REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
_____. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REINO UNIDO. **Criminal Justice Act**. Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/44/pdfs/ukpga_20030044_en.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2015.

ROXIN, Claus. **Derecho penal**. Tradução: Diego-Manuel Luzón Peña. Madri: Civitas, 1997.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

VON LIZST, Franz. **Tratado de derecho penal**. Madrid: Reus, 1927.

WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal**. 3. ed. Tradução: Luiz Regis Prado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

PROPRIEDADE PRIVADA E EXPLORAÇÃO DE TRABALHO ESCRAVO: ANÁLISE SOBRE A HIPÓTESE DE EXPROPRIAÇÃO INTRODUZIDA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 81/2014

Francielly Schmeiske[*]
Gabriela Araldi Walter[**]

Palavras-chave: escravidão; expropriação; função social da propriedade; intervenção estatal.

Resumo: É possível inferir que a propriedade e a escravidão são institutos que surgiram em tempos muito próximos. Observando a história brasileira, vê-se que ao longo de centenas de anos após a consolidação das propriedades privadas e da imposição de trabalho forçado, ainda é corriqueiro encontrar cenários onde há a submissão aos trabalhos forçados. Com este enfoque, ao cabo de quinze anos de tramitação, houve a aprovação da Emenda à Constituição de número 81/2014, grande avanço no cenário legislativo nacional. Diante disso, este estudo tem o propósito de analisar a intervenção do Estado na propriedade, bem como a possibilidade de expropriação para fins de reforma agrária de bens imóveis em terras que se valem da exploração de trabalho escravo, considerando que a ordem jurídica brasileira determina a utilização da gleba visando o cumprimento da função social, preteríveis interesses abusivos do proprietário. Para tanto, serão realizadas considerações acerca do instituto da propriedade, da escravidão, da intervenção, bem como os fundamentos que justificam a atuação estatal. A interferência do Estado deve ser pautada pelo princípio da proporcionalidade, que determina a adequação, necessidade e razoabilidade da medida imposta. Desse modo, legítima a imposição de limitações quando, reconhecido o direito à propriedade privada, houver desrespeito à sua função social. Cumpre salientar que esta limitação deve ocorrer em montante precisamente necessário para restabelecer tal função social ao bem. Procurar-se-á constatar o volume de incidência de registros de trabalhadores submetidos a condições análogas à escravidão, sendo este o fundamento da atuação do Estado, no sentindo de adotar medidas com o fito de minimizar e finalmente abolir tão vil realidade.

[*] Procuradora Jurídica do Município de Ribeirão Claro/PR. http://lattes.cnpq.br/0642450221854560.
[**] Advogada. http://lattes.cnpq.br/1352537662305244.

Keywords: slavery; expropriation; the social function of property; state intervention.

Abstract: One can infer that property and slavery are institutes that have emerged closely in time. Observing Brazilian history, we see that over hundreds of years after the consolidation of private property and the imposition of forced labor, it is still commonplace to find scenarios where there is submission to forced labor. With this approach, after fifteen years of processing, there was the approval of the Amendment to the Constitution number 81/2014, a breakthrough in the national legislative scenario. Thus, this study aims to analyze state's intervention on property as well as the possibility of expropriation for agrarian reform purposes of real estate on land that uses of slave labor exploitation, considering that the Brazilian legal system determines the use of farmland for the accomplishment of the social function, abusive interests of the owner coming second. Therefore, considerations will be made about the property institute, about slavery, about state intervention, as well as the grounds that justify a state action. The interference of the state should be guided by the principle of proportionality, which determines the appropriateness, necessity and reasonableness of the imposed measure. Thus, the imposition of limitations will be legitimate, when, recognized the right to private property, there is disregard its social function. It should be noted that this limitation should occur in the exact amount needed to restore such a social function to good. The volume of records of workers subjected to slave-like conditions will be analyzed, being this the foundation of the state action, in order to adopt measures with the aim of minimizing and eventually abolish such a vile reality.

1 Linhas introdutórias

Diversos são os conceitos que uma mesma sociedade atribui a seus institutos. Notável caso é o da propriedade: para alguns, símbolo de riqueza e poder, de grandes extensões de terra. Para outros, pequenas porciúnculas adquiridas à custa de longos anos de trabalho. Ainda para muitos, apenas um sonho distante.

Herdeiros de uma cultura que enaltece a propriedade privada, o coronelismo e o caráter quase sagrado da propriedade de terras, há quem veja com estranheza a introdução de uma emenda ao texto da Bíblia Política de 1988, a qual traz em seu bojo o poder-dever de expropriação das terras em que se dá a exploração de trabalho escravo, destinando-as à reforma agrária, sem indenização ao proprietário.

Ante a inovação constitucional, propomo-nos a estudar as origens da propriedade privada no Brasil, suas transformações através dos cinco séculos desde seu "descobrimento", analisando os limites do conceito de propriedade, a função social que esta deve cumprir, o trabalho nela exercido, minudenciando questões como a dignidade da pessoa humana e a escravidão dos tempos modernos, as questões agrárias e as sanções.

2 Propriedade privada no Brasil

2.1 Panorama histórico

Ao longo de cinco séculos, colossal extensão de terra banhada pelo Oceano Atlântico assumiu diversas nomenonfclaturas: Terra de Vera-Cruz, Império do Brasil, Estados Unidos do Brasil, e por fim, República Federativa do Brasil.

Iniciamos o presente estudo com uma breve investigação dos fatores que nos levaram a conhecer a propriedade nos moldes em que hoje a temos, condição de direito e garantia constitucional, que deve atender a uma função social.

Propõe-se a análise do viés histórico, uma vez que tal perspectiva não somente é mecanismo hermenêutico, mas se reveste de vital importância para a compreensão dos elementos que culminaram no Estado constitucional atual, cujo núcleo reside na afirmação e na proteção da dignidade da pessoa humana e demais direitos e garantias fundamentais.

O descobrimento, em divergência com o que se aprende em tenra idade nos bancos escolares, não se deu pelo incauto navegador português Pedro Álvares Cabral em sua rota para as Índias, posto que os espanhóis já haviam aqui estado antes do histórico

22 de abril de 1500, sem poder, contudo, clamar juridicamente para si o território, por força de determinações da Coroa portuguesa[1], bulas papais[2] e o Tratado de Tordesilhas[3].

Comum à época medieval das navegações era a concepção de que o domínio territorial era dádiva divina, cuja representação em Terra se dava pela figura do Papa, chefe da cristandade. Tamanha era a autoridade apostólica que detinha o poder de atribuir a propriedade de terras que ainda sequer haviam sido descobertas a seus fiéis.

Estabelecido o domínio português sobre as terras do novo mundo, fazia-se mister a ocupação das terras, e o meio encontrado pelo colonizador europeu foi escravizar os habitantes primitivos das praias que lhes havia legado a autoridade papal, subjugando os indígenas e impondo-lhes, pela força, o trabalho em suas roças e canaviais.

Sendo tão grande a extensão de terras "além-mar", havia a necessidade de povoá-las, e a maneira encontrada pelo governo português foi a instituição de sesmarias, distribuindo gratuitamente terras a quem as quisesse tomar, condicionada a doação somente à obrigação de cultivo e moradia.

Frente à imposição de tais condições, sob pena de confisco da sesmaria para que fosse doada a outrem caso não cumpridos os termos estipulados, observa-se que na alvorada da história brasileira a propriedade da terra trazia consigo o embrião da função social positivada em 1988, sendo ponto fundamental da concessão de terras o benefício coletivo advindo da ocupação e povoamento da terra, bem como do cultivo agrário.

Tragicamente, subterfúgios foram rapidamente criados a fim de driblar o atendimento das determinações legais[4]. Relatos datados de 1822[5], 1871[6], 1880[7] dão

[1] "Através da Carta Régia de 7 de junho de 1454, D. Afonso V doou à milícia cristã, para sempre, o espiritual das terras do Ultramar, adquiridas e por adquirir". (NEVES, 2014).
[2] Por Bula de 21 de dezembro de 1841, o papa Xisto IV também cedeu, para sempre, à Ordem de Cristo, todo o espiritual das terras do Ultramar, descobertas ou por descobrir pelos portugueses. (NEVES, 2014).
[3] *Pinzon's journey produced the first recorded account of a European explorer sighting the Brazilian coast.* Disponível em: <http://www.history.com/this-day-in-history/pinzon-discovers-brazil> Acesso em: 15 jun. 2014.
[4] Por Alvará Régio de 8 de dezembro de 1590, o governo metropolitano determinou que se dessem terras de sesmarias a todas as pessoas que, com sua mulher e filhos deslocassem para qualquer parte do Brasil [...] considerar-se-iam devolutos todos os terrenos doados de sesmarias, sem cultivo nem demarcação. (NEVES, 2014).
[5] Os abarcadores possuem até 20 léguas de terreno, e raras vezes consentem a alguma família estabelecer-se em alguma parte de suas terras [...] há muitas famílias pobres, vagando de lugar em lugar. (LIMA, 1954, p. 47).
[6] As terras [...] todas estão povoadas, mas todas desertas. Cada morador não se contenta com poucas léguas de terra, entendendo que todas lhe são precisas, ainda que só servem de uma insignificante parte junto à sua cabana; e por isso, ainda que toda a campanha está deserta, todos os campos estão dados e tem senhorios. (ROSCIO, 1964, p. 47).

conta da existência de inúmeros latifúndios, da pobreza e da exclusão social gerada pela concentração de glebas e demonstram o caráter histórico da corrupção, da enraizada cultura de opressão e subjugo do hipossuficiente.

Esta perfunctória análise histórica demonstra que a marginalização dos necessitados foi uma constante ao longo da história brasileira. As determinações legais restavam flagrantemente descumpridas, e as terras, tão abundantes, que deviam frutificar e alimentar a todos, acabavam por ser instrumento de opressão e subjugo dos mais necessitados.

Restou, também, demonstrado que "em qualquer tempo, possuir terras está atrelado à ideia de poder econômico, social e político, ainda que tais terras nada produzam, servindo em grande parte como instrumento de exploração do ser humano" (TORRES, 2010, p. 28). Em razão disso, veio a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 instituir na condição imutável de cláusula pétrea a função social da propriedade, tema que passamos a estudar a seguir.

2.2 Função social e intervenção estatal na propriedade privada

Conforme se estudou linhas acima, a função social da propriedade não é ideia tão moderna quanto se pensava, sendo, contudo, imposta em caráter constitucional somente na parte derradeira do século XX.

A expressão *função social da propriedade* apareceu pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro no artigo 157, inciso III, da Constituição Federal de 1967.

Antes disso, na Carta de 1946 se falava apenas em bem estar social, determinando, o artigo 147, que "o uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, com observância do disposto no artigo 141, §16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos".

[7] Um homem que tinha mais proteção tirava uma sesmaria em seu nome, outra em nome do filho mais velho, outra em nome da filha e do filho que ainda estavam no berço, e deste modo há caso de quatro e mais sesmarias; este pernicioso abuso parece se deveria evitar. (MAGALHÃES, 1964, p. 47).

A partir de 1988, a Constituição Federal, em seu título destinado aos direitos e garantias fundamentais, especificamente no artigo 5º, inciso XXII, garantiu o direito de propriedade.

Em que pese isto, e com fundamento na premissa de que não há direito absoluto no ordenamento jurídico pátrio, a própria Lei Fundamental, no artigo 5º, inciso XXIII, condiciona o uso da propriedade privada, devendo, esta, atender a sua *função social*. Sendo assim, é possível concluir que o direito à propriedade é um direito relativo e condicionado.

Para confirmar este dever imposto ao proprietário o Código Civil estabelece, em seu artigo 1.228, §1º, que:

> O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

Resta evidente, diante desse panorama, que a ordem jurídica brasileira determina a utilização adequada do bem, que não deve servir apenas para os interesses do proprietário. Desse modo, constatado o não atendimento da função social da propriedade, o Estado deverá atuar para que se faça cumprir a determinação constitucional.

A intervenção estatal na propriedade privada se justifica, portanto, na premissa de que o Estado deve fazer prevalecer os interesses coletivos sobre os interesses individuais. Com este fundamento, o ente estatal poderá intervir na propriedade particular para restringir a utilização do bem, visando defender o interesse público, seja por intermédio de servidão administrativa, requisição, ocupação temporária, limitação administrativa, tombamento ou desapropriação.

Além dessas, há outras formas de intervenção dos Municípios na propriedade privada, reguladas na Lei nº 10.257/2001, conhecida como Estatuto da Cidade.

Os institutos acima elencados concedem ao Estado tanto o poder de interferir na propriedade para restringir e condicionar a atuação do particular sem retirar o bem do indivíduo, sendo denominado de *intervenção restritiva*, como o poder de promover a transferência da propriedade para si, chamada também de *intervenção supressiva*.

Neste ponto, é importante registrar que este estudo visa analisar especificamente a intervenção por meio da desapropriação, que é uma forma de retirada da propriedade do particular e transferência para o ente estatal.

Feitas estas considerações, percebe-se, portanto, que os fundamentos para a intervenção estatal são o descumprimento da função social da propriedade, bem como a supremacia do interesse público sobre o privado, sendo este um dos pilares da atuação do Estado.

Sobre a função social, a Constituição Federal prevê ainda, no artigo 186 e incisos, que esta função é cumprida quando a propriedade rural atende, *simultaneamente*, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: aproveitamento racional e adequado (inciso I); utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente (inciso II); *observância das disposições que regulam as relações de trabalho* (inciso III); e *exploração que favoreça o bem-estar* dos proprietários e *dos trabalhadores* (inciso IV).

Nestes termos, a Lei Fundamental categoricamente determina a observância dos direitos dos trabalhadores, de modo que a exploração da propriedade rural favoreça o bem-estar dos trabalhadores.

Como consequência disso, caso a propriedade rural não atenda ao menos um dos requisitos previstos nos incisos do artigo 186, está justificada a intervenção estatal na propriedade privada.

3 A exploração de trabalho escravo

A escassez de mão de obra era uma constante no chamado "novo mundo". A cultura popular moderna é prodiga em abordar literária e cinematograficamente cenários selvagens, terras virginais, desbravadas por intrépidos cidadãos do velho mundo, colonizadores e conquistadores europeus.

A realidade, de outra banda, mostrava que havia uma infindável extensão de solo, porém faltavam mãos a lavrá-lo. Já exploradores de diversas colônias no continente africano[8], os portugueses por muito tempo tentaram subjugar os índios que aqui viviam,

[8] "Tal prática teria começado em 1441 [...] e oficializou-se com a licença que a Portugal concedeu o papa Eugênio IV para a batalha e guerra a infiéis, com o direito de os cativar". (TORRES, 2010, p. 42).

e ante a resistência bélica de alguns e o perecimento de muitos, acabaram por importar "objetos agrícolas" do continente africano: os escravos:

> A concessão de sesmarias, além de gerar os grandes latifúndios, causou aos índios, dentre muitas outras perdas, a redução dos seus domínios para os que aceitaram a conquista, e perda da terra para aqueles que não a aceitaram e provocou ainda o nascimento da mais odiosa instituição que o homem já conhecera – a escravidão (TORRES, 2010, p. 38).

Muitos foram os anos em que o subjugo de escravos era visto com naturalidade. Vivendo pressões estrangeiras, contudo, o império brasileiro se viu forçado a implantar medidas. O Visconde do Rio Branco elaborou projeto de lei, no qual se "estabelecia que, a partir da aprovação da Lei, todos os filhos de escravos estariam livres - daí a denominação *Lei do Ventre Livre* - devendo, tais crianças libertas, ficar sob a guarda e a autoridade do senhor de sua mãe até os 21 anos de idade" (ANDRADE, 1987, p. 21).

A novel legislação acalmou aos mais fervorosos abolicionistas. Entretanto, instalou-se o raciocínio de que a "escravidão, como instituição, estava com seus dias contados, pois estavam esgotadas as duas fontes de sua alimentação - o tráfico de escravos e o crescimento natural -, sendo necessário apenas esperar a passagem de algumas dezenas de anos" (ANDRADE, 1987, p. 25).

Dentre a parcela mais conservadora da população, que se valia da escravidão para auferir renda e lucros, "criou-se um clima de desconfiança e até de desinteresse pela monarquia, que para eles estava tanto comprometida com a instituição servil como com a propriedade da terra" (ANDRADE, 1987, p. 25), conferindo, assim, força ao movimento que culminou com a proclamação da República.

Aos treze dias do mês de maio de 1888 sancionou a princesa imperial regente a Lei nº 3.353, proclamando a abolição da escravatura no Brasil. Formalmente, dava-se por encerrado um trágico período de opressão. Cento e vinte e seis anos depois, colhemos da doutrina de Norberto Bobbio que "o elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas" (BOBBIO, 2004, p. 18). Prossegue sua lição:

> Ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes no poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas, etc. direitos que foram declarados absolutos no final do século XVIII, como a propriedade *sacre et involable*, foram submetidos a radicais limitações nas declarações contemporâneas; direitos que as declarações do século XVIII nem sequer mencionavam, como os direitos

> sociais, são agora proclamados com grande ostentação nas recentes declarações. Não é difícil prever que, no futuro, poderão emergir novas pretensões que no momento nem sequer podemos imaginar, como o direito a não portar armas contra a própria vontade, ou o direito de respeitar a vida também dos animais e não só dos homens. O que prova que não existem direitos fundamentais por natureza. O que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas. (BOBBIO, 2004, p. 18)

Certo é que com a crescente positivação dos direitos humanos e o império do "princípio da proibição do retrocesso, pelo qual uma norma de direitos humanos já positivada só pode ser substituída por outra mais protetiva da dignidade humana" (PORTELA, 2014, p. 820) aos olhos do incauto pareceríamos viver num tempo em que já há muito consolidada estaria a liberdade.

Abundam instrumentos legais a fim de coibir o trabalho escravo. A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 dispõe que toda pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho, à proteção contra o desemprego, a igual remuneração por igual trabalho, justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, existência compatível com a dignidade humana, podendo organizar sindicatos e neles ingressar para proteção de seus interesses.

O Brasil consolidou suas leis trabalhistas em 1943, diploma em vigor até os dias de hoje. Somos signatários de diversas Convenções da Organização Internacional do Trabalho, instrumentalizados em Decretos. A Convenção concernente à Trabalho Forçado ou Obrigatório de Genebra, de 28 de junho de 1930, foi aqui promulgada pelo Decreto nº 41.721, de 1957. Dispõe seu artigo 4º que "as autoridades competentes não deverão impor ou deixar impor o trabalho forçado ou obrigatório em proveito de particulares, de companhias, ou de pessoas jurídicas de direito privado". Na mesma senda a Convenção nº 105 da OIT, Decreto nº 58.822 de 1966, concernente à abolição do trabalho forçado.

Apesar de tão robusto respaldo legal, de acordo com o Índice de Escravidão 2013, dentre 162 nações, o Brasil ocupa a 94ª posição no ranking mundial da escravatura moderna. Tais dados foram obtidos pela fundação *Walk Free*, utilizando como critérios a prevalência estimada de trabalho escravo em relação à população, índices de casamento infantil e dados de tráfico humano. O mesmo relatório assim conceitua a escravidão moderna:

> Modern slavery includes slavery, slavery-like practices (such as debt bondage, forced marriage and sale or exploitation of children), human trafficking and forced labour, and other practices described in key international treaties, voluntarily ratified by nearly every country in the world[9].

As vítimas desta escravidão moderna têm sua liberdade negada, sendo usadas, controladas e exploradas por outrem para a obtenção de lucro. De acordo com o referido relatório, ainda há locais no mundo que se nasce escravo - a escravidão hereditária - uma realidade particularmente acentuada em partes da África e Ásia.

Não podemos imaginar que esta realidade se distancia do Brasil. Inúmeras são as propriedades onde se explora o trabalho infantil, sendo constantes as reportagens veiculadas na mídia a este respeito. Mostram os números da Pesquisa Nacional de Amostragem Domiciliar de 2012 que 3,5 milhões de crianças e adolescentes entre 5 e 17 anos de idade continuam sujeitas ao trabalho infantil. Segundo a pesquisa, "essa população é composta por em torno de 81 mil crianças na faixa etária entre 5 e 9 anos de idade, 473 mil entre 10 e 13 anos e cerca de 3 milhões entre os 14 e 17 anos" (IBGE, 2014).

Dados de 2014 oriundos do Ministério do Trabalho e Emprego apontam a existência de 607 empregadores em seu cadastro de pessoas jurídicas autuadas em flagrante valendo-se da exploração de mão de obra análoga a de escravo (MINISTÉRIO DO TRABALHO, 2014). Tais números podem se revelar ainda maiores e mais alarmantes se considerarmos as dimensões continentais do país.

Justamente por conhecer a realidade que ainda assola enorme número de pessoas, órgãos internacionais de proteção aos direitos humanos e o constituinte de 1988 insculpiram na norma a vedação ao trabalho forçado, sendo fundamentos da República Federativa do Brasil os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. Aliados à soberania, à cidadania, à dignidade da pessoa humana e ao pluralismo político, nossa carta política, redigida com ciência das lutas históricas da população campesina, positivou também a função social da propriedade, que anteriormente exploramos em seu aspecto legal.

[9] A escravidão moderna inclui escravidão, práticas análogas à escravidão (como servidão por dívida, casamento forçado e venda ou exploração de crianças), tráfico humano e trabalhos forçados, e outras práticas descritas em tratados internacionais-chave, voluntariamente ratificados por praticamente todos os países do mundo. Tradução das autoras.

A propriedade privada constitui direito e garantia fundamental, assegurada pelo artigo 5º da Constituição de 1988. Deve respeitar seus pares, demais direitos e garantias fundamentais, direitos sociais e trabalhistas, e cumprir com sua função social.

Deixando de cumprir as determinações constitucionais, passando a propriedade a servir de "instrumento ao exercício de poder sobre outrem, seria rematado absurdo que se lhe reconhecesse o estatuto de direito humano, com todas as garantias inerentes a essa condição, notadamente a de uma indenização reforçada na hipótese de desapropriação" (TORRES, 2010, p. 257-258).

O Código Civil regula o instituto do direito real de propriedade em seu Título III. Apesar de exaltar que o exercício do direito deve se dar em consonância com suas finalidades econômicas e sociais, a um só tempo garante também o uso, gozo e disposição do bem. Ora, mister ler a legislação civil à luz da Constituição de 1988, uma vez que os valores que devem inspirar tal leitura encontram-se lá apostos, em seus artigos 1º e 3º.

Como se comentou, com a edição da Emenda Constitucional nº 81/2014, sancionar-se-á a exploração do trabalho escravo com a expropriação das terras em que se praticou a barbárie.

Ao longo deste estudo, defende-se a opinião de que não há a necessidade de aguardar legislação complementar ao Código Civil ou ao Texto Constitucional a fim de conferir efetividade à função social, posto que ostenta a garantia de direito fundamental, imposta pelo artigo 5º, em seu inciso XXIII, sendo norma de aplicabilidade imediata, conforme ventila o §1º do mesmo artigo.

Deveria o jurista buscar formas de integrar a propriedade privada e sua função social, desde 1988, podendo ter tomado providências imediatas no sentido de desapropriar terras em que se mantém mão de obra em regime de escravidão ou semi-escravidão valendo-se, por exemplo, do artigo 186, III, da CF, requerendo imediata imissão da posse, e discutindo, em juízo, a necessidade ou não de indenização.

Salienta-se, novamente, que a faculdade de uso e gozo é visceralmente alterada pela função social, sendo eliminada a da inutilização, impondo-se o uso racional do bem, sob pena de, assim não procedendo, descumprindo-se sua função social, nos atuais termos do artigo 243 da Lei Fundamental, ver expropriado e destinado à reforma agrária ou programas de habitação popular a gleba.

Ainda em 2014, muitos são os fortes oponentes da Emenda Constitucional nº 81/2014. Recordamo-nos, ante tais posicionamentos ventilados no Congresso Nacional, do texto de Andrade, a respeito da abolição da escravatura, relatando que, em 1868, os senadores da República "combateram o projeto, alegando que ele prejudicaria o direito de propriedade e criaria problemas ao desenvolvimento da agricultura brasileira" (ANDRADE, 1987, p. 22). Este eco do passado, que insiste em ser repetido por latifundiários hoje, deve, atendendo determinação de nossa Lei Fundamental, calar.

4 Nova modalidade de desapropriação confiscatória

Conforme já afirmado anteriormente, o ente estatal pode intervir na utilização do bem particular, seja para restringir a sua utilização (intervenção restritiva), seja para promover a transferência da propriedade para si (intervenção supressiva).

Obviamente esta interferência do Estado deve ser pautada no princípio da proporcionalidade, que determina a adequação, necessidade e razoabilidade da medida imposta. Desse modo, legítima a imposição de limitações quando, reconhecido o direito à propriedade privada, houver desrespeito à sua função social. Importa frisar que esta limitação deve ocorrer em montante precisamente necessário para restabelecer tal função social ao bem.

Como aludimos, ainda há grande incidência de registros de trabalhadores submetidos a condições análogas à escravidão, sendo este o fundamento da atuação do Estado, no sentindo de adotar medidas com o fito de minimizar e finalmente abolir tão vil realidade.

Com base nisto e no fato de que a exploração do trabalho escravo gera lucros gigantescos aos escravagistas, surge então um novo modelo de expropriação confiscatória na Constituição da República. A partir de agora o explorador da mão de obra sofrerá a mais severa penalidade econômica, que é a perda do bem utilizado para a exploração de trabalho forçado, por submeter indivíduos a situações degradantes. Trata-se de forma sancionatória de desapropriação, que desobriga o Estado do pagamento de qualquer espécie de indenização.

Repisa-se: mesmo antes da alteração do Texto Maior esta consequência já poderia ter sido imposta, com respaldo na função social da propriedade, na proibição de trabalho forçado e no princípio da dignidade da pessoa humana.

Feitas tais considerações, deve ser salientado, neste ponto, que a Constituição Federal previa, inicialmente, o confisco de terras onde fossem localizadas culturas de plantas psicotrópicas, sem qualquer indenização ao proprietário, sendo o imóvel destinado ao assentamento de colonos, para o cultivo de produtos alimentícios e medicamentos, além da possibilidade de aplicação de outras sanções previstas em lei. Este era o conteúdo originário do artigo 243 da Constituição Federal, alterado pela Emenda Constitucional nº 81, de 5 de junho de 2014, que passou a ter a seguinte redação:

> Art. 243. As propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas *ou a exploração de trabalho escravo na forma da lei* serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, observado, no que couber, o disposto no art. 5º. Parágrafo único. Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e da exploração de trabalho escravo será confiscado e reverterá a fundo especial com destinação específica, na forma da lei.

Cumpre registrar o longuíssimo tramite da Proposta de Emenda à Constituição que tratou da alteração do mencionado dispositivo, iniciando-se em 1999 no Senado Federal (PEC nº 57/1999), sendo aprovada em segundo turno de votação em 31 de outubro de 2001. Em seguida a votação em dois turnos pela Câmara dos Deputados (PEC nº 438/2001) foi finalizada em 22 de maio de 2012, com algumas alterações. Em razão disso, a proposta retornou para o Senado Federal (PEC nº 57-A/1999), sendo finalmente encerradas as votações em dois turnos em 27 de maio de 2014.

No que se refere ao plano da constitucionalidade da alteração, é importante observar se a emenda constitucional em comento cumpriu as determinações contidas no artigo 60 da Constituição. Deste artigo se extrai que é vedado até mesmo o simples debate de proposta de emenda que vise abolir os direitos e garantias individuais (inciso IV).

Ora, resta evidente que o direito de propriedade é uma garantia individual, extraída do artigo 5º, inciso XXII, do Título dos direitos e garantias fundamentais, da Constituição. Assim, não se pode abolir o direito de propriedade.

Com este fundamento, há quem defenda que a alteração do Texto Maior é inconstitucional, por violar o direito fundamental à propriedade.

Entretanto, é importante lembrar que no mesmo patamar deste direito está a imposição de atendimento da *função social*, nos termos do artigo 5º, inciso XXIII. Além disso, a *dignidade da pessoa humana*, que é um dos argumentos inspiradores da aprovação da emenda, constitui um princípio fundamental da Republica Federativa do Brasil, conforme artigo 1º, inciso III, da Lei Maior.

Não se pode deixar de registrar ainda o disposto no artigo 170, inciso III, da Lei Fundamental que impõe que "a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social" observado o princípio da "função social da propriedade".

Evidente, deste modo, que a situação descrita neste trabalho, de imposição de trabalho forçado e em péssimas condições, exige uma atuação positiva do Estado, com fundamento nos preceitos constitucionais já elencados. A proteção do indivíduo deve estar acima da proteção patrimonial.

> Há necessidade de lentes novas para uma leitura que tome como paradigma normativo a Constituição, ampliando o campo de visão do intérprete-operador, superando a interpretação que conduza à proteção meramente patrimonial para atingir e considerar como padrão de proteção aquele que contido nos princípios fundantes de todo o sistema jurídico brasileiro, aplicando-se diretamente a Constituição na ótica de um direito civil constitucionalizado (TORRES, 2010, p. 422).

Claramente a alteração constitucional surge para ampliar os direitos e garantias individuais, o que é plenamente possível e louvável num Estado declarado Democrático de Direito. Assim, não há dúvidas sobre a regularidade formal e material da Emenda Constituição nº 81/2014, pois observou todos os requisitos constitucionalmente previstos para o processo legislativo descrito no artigo 60 do Texto Maior.

A grande novidade trazida pela nova redação do artigo 243 é a possibilidade de expropriação de terras onde for localizada a prática de trabalho escravo, sendo o imóvel destinado à reforma agrária e aos programas de habitação popular.

Neste caso, a intervenção do Estado na propriedade está justificada pela utilização ilícita da propriedade, diferente do que ocorrem nas demais hipóteses de desapropriação previstas na Constituição Federal, tais como na desapropriação por necessidade ou utilizada pública, ou na desapropriação para fins de reforma agrária, dentre outras.

Ademais, a expressão "glebas" contida originariamente no artigo 243 foi substituição pelo termo "propriedades rurais e urbanas". Em decorrência disso, resta claro, atualmente, que a desapropriação recairá sobre a totalidade do imóvel, e não apenas sobre a área utilizada para os fins ilícitos previstos no mencionado artigo. Sobre este aspecto, é necessário registrar que mesmo na vigência da expressão "glebas", o Supremo Tribunal Federal havia firmado posicionamento no Informativo nº 540/2009, de que a desapropriação confiscatória deveria abranger a integralidade do bem, e não apenas a área utilizada para fins ilícitos.

A desapropriação prevista no artigo 243, da Constituição, é denominada de *desapropriação confiscatória*, já que a transferência da propriedade para os bens do Estado ocorrerá independentemente do pagamento de indenização.

Destaque-se ainda que a desapropriação é instituto de direito público, de natureza jurídica de procedimento administrativo e, por vezes, judicial. Além disso, é considerada uma forma *sui generis* de aquisição da propriedade.

Após ampla discussão no Senado Federal, foi aprovada a alteração à proposta de emenda para que constasse a expressão "na forma da lei", visando evidenciar que o novo texto do artigo 243 da Constituição Federal não possui eficácia plena, mas limitada, necessitando de regulamentação para a sua aplicabilidade. De acordo com os parlamentares há a necessidade de criar uma norma infraconstitucional que defina a abrangência da expressão "trabalho escravo".

Nota-se, portanto, que em que pese o avanço no sentido de extinguir esta forma degradante de trabalho, ainda é preciso aguardar a manifestação do Congresso Nacional no sentido de aprovar legislação ordinária específica, com o objetivo de conferir aplicabilidade ao novo comando Constitucional.

Fato é que definir a expressão "trabalho escravo" não é uma tarefa simples, o que pode atrasar por muito tempo a efetividade desta alteração que representa uma conquista nacional.

Por outro lado, caso a redação do artigo 243 houvesse sido aprovada com força de norma de eficácia plena, ou seja, sem a imposição de regulamentação por norma infraconstitucional, seria viável a utilização da Convenção nº 29, da Conferência da Organização Internacional do Trabalho, aprovada em Genebra em 1930, ratificada pelo Brasil por meio do Decreto nº 41.721/57, que define, em seu artigo 2º, item 1, que "a expressão 'trabalho forçado ou obrigatório' compreenderá todo trabalho ou serviço

exigido de uma pessoa sob a ameaça de sanção e para o qual não se tenha oferecido espontaneamente".

Não bastasse isto, atualmente tramita no Congresso Nacional, Projeto de Lei do Senado nº 432/2013, que define o conceito de "trabalho escravo" e o procedimento que deverá ser adotado para efetivar a desapropriação abordada neste estudo.

De acordo com a justificativa do projeto citado acima, não há, atualmente, uma definição clara do que seria trabalho escravo, seja na jurisprudência, na doutrina ou nas convenções da Organização Internacional do Trabalho. Nestes termos, afirma-se que há a necessidade de regulamentação infraconstitucional da matéria, visando à efetiva aplicabilidade do dispositivo constitucional.

De fato, o projeto mencionado acima elenca diversas situações que se caracterizam como trabalho escravo, contribuindo com a ampla aplicação do novo artigo 243, da Constituição.

Este projeto, que atualmente possui 55 emendas a serem discutidas, deve ser aprovado com maior brevidade possível, para que os exploradores do trabalho escravo, que obtêm lucros extraordinários por meio da degradação de seu semelhante, sofram a expropriação do bem utilizado como veículo para esta prática criminosa, sem direito a qualquer tipo de indenização.

5 Linhas derradeiras

Resta evidente que o direito de propriedade não é um direito absoluto. O exercício da propriedade se depara com diversas limitações impostas pelo Estado, que visam sobrepor os interesses coletivos aos privados.

Atualmente a Constituição da República exige do proprietário do bem urbano ou rural o cumprimento da função social da propriedade, que está relacionada com a utilização racional e adequada do bem, com a exploração do imóvel de forma que favoreça o bem estar dos proprietários e dos trabalhadores, dentre outros requisitos.

Ciente da existência da exploração do trabalho escravo contemporâneo, o Congresso Nacional aprovou recentemente a expropriação de propriedade urbana e rural onde for encontrada exploração de trabalho escravo.

A nova modalidade de desapropriação confiscatória foi instituída com a finalidade de oprimir a imposição de trabalho forçado, impondo, ao escravagista, a perda da propriedade, sem o pagamento de indenização.

A alteração instituída está amparada pelos princípios da supremacia do interesse público sobre o privado, da dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, bem como na função social da propriedade, que impõe uma atuação positiva do Estado, tendo em vista que os valores humanos devem prevalecer sobre os valores patrimoniais. Assim, não há que se falar em inconstitucionalidade da emenda que alterou o artigo 243 da Lei Fundamental.

Nota-se que as medidas adotadas antes da aprovação da Emenda Constituição nº 81/2014 foram ineficazes para abolir a escravidão do Brasil. Diante disso, cumpre ao Estado estabelecer sanções mais rigorosas visando extinguir o trabalho forçado contemporâneo.

6 Referências bibliográficas

ANDRADE, Manuel Correia de. **Abolição e reforma agrária**. São Paulo: Ática, 1987.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

COMPARATO, Fabio K. **Direitos e deveres em matéria de propriedade**. Disponível em: <http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewArticle/123/166>. Acesso em: 14 jun. 2014.

IBGE. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios**. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/trabalhoerendimento/pnad2012/default.shtm>. Acesso em: 13 jun. 2014.

LIMA, Ruy Cirne. **Pequena história territorial do Brasil: sesmarias e terras devolutas.** Porto Alegre: Livraria Sulista, 1954.

MAGALHÃES, Manuel Antonio de. **Almanaque da Vila de Porto Alegre, in Rio Grande do Sul Terra e povo.** Porto Alegre: Editora Globo, 1964.

MENDES, Gilmar Mendes; BRANCO; Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MINISTÉRIO DO TRABALHO. **Cadastro de empregadores - Portaria Interministerial nº 02 de 12 de maio de 2011**. Disponível em: <http://portal.mte.gov.br/data/files/FF80808146BB2EE00146F756E39406B8/CADASTRO%20DE%20EMPREGADORES%20ATUALIZA%C3%87%C3%83O%20Extraordin%C3%A1ria%20DE%2002-07-2014.pdf>. Acesso em 2 jul. 2014

NEVES, Erivaldo Fagundes. **Sesmarias em Portugal e no Brasil**. Disponível em: <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/151.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2014.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **The universal declaration of human rights**. Paris: 1948. Disponível em: <http://www.un.org/en/documents/udhr/ index.shtml#a1> Acesso em: 14 jun. 2014.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**. Salvador: Juspodivm, 2014.

ROSCIO, Francisco João. **Compendio Noticioso do Continente, in Rio Grande do Sul Terra e povo.** Porto Alegre: Editara Globo, 1964.

TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. **A Propriedade e a Posse: um Confronto em torno da Função Social.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

VOZES DA JUSTIÇA: ANÁLISE EM DISCURSO JURÍDICO, UM ESTUDO DE CASO

Dienifer Leite Maliska[*]

Palavras-chave: Direito; discurso; Linguística Forense; testemunho;

Resumo: Trata-se de pesquisa, ainda em andamento, dentro da área do Direito conhecida como Linguística Forense. Esta disciplina, já amplamente difundida em países como a Inglaterra, estuda todo e qualquer tipo de relação que envolva linguagem e direito; passando da área prática pericial, plágio, identificação de participantes até a análise do gênero e dos textos.

A inquirição de testemunhas, em audiência das áreas cível e trabalhista no Brasil, é um gênero discursivo com características próprias onde um/a juiz/a ouve testemunhas com o intuito de homologar sentenças. A interação tem aspectos peculiares, sendo que suas características principais são a assimetria e a hibridez – o juiz/a tem o poder da fala e em determinados momentos, muda seu enquadre de inquisidor/a para relator/a da fala a qual será escrita por um outro participante não ratificado do discurso – um/a secretário/a de audiência.

Este trabalho tem por objetivo, usando as teorias da etnografia da comunicação e do relato da fala, examinar, pela primeira vez no Brasil, como esta interação se desenrola. Este é um estudo de caso preliminar e exploratório mas que já aponta para questões críticas – como sabemos, a mesma 'fala', pode ser interpretada (pragmaticamente) e portanto relatada de maneira diferente, de acordo com pontos de vista diversos e de acordo com diferentes papéis e convenções sociais. A coleta dos dados analisados se deu através de gravações de áudio e vídeo de testemunhos, como também as Atas foram colhidas, sendo todo o material analisado em paralelo.

Após as análises percebeu-se que as adições e subtrações no registro oficial são gritantes, principalmente quando se trata de avaliadores. No entanto, em casos de

[*] Dienifer Leite Maliska (UFSC) Advogada, OAB/SC 23.627, Jornalista MTE 5285, estudante do Programa de Pós Graduação em Estudos da Tradução, da Universidade Federal de Santa Catarina (CAPES), professora do Instituto Paulista de Pesquisas Bioéticas e Jurídicas. Desenvolve pesquisas na área de Linguística Forense, disciplina do Direto já enraizada em países como Inglaterra e Estados Unidos da América, e que encontra-se em ascensão no cenário acadêmico nacional. Curriculum Lattes: http://lattes.cnpq.br/0750074248965993.

julgamento de dano moral, como é o caso em tela, a amputação das avaliações dos testemunhos poderá ser fatal. Ainda que este artigo use dados extraídos do rito do juizado especial cível; sabe-se que juízes/as de segundo grau, isto é desembargadores/as, já vem fazendo referências à generalidade dos termos utilizados nos registros escritos. O termo genérico dificulta a apreciação do evento em si, afinal este juízes/as jamais terão a oportunidade de saber o que realmente foi falado em audiência.

Trata-se de um gênero formal, confuso em termos de comunicação, e organizado de forma peculiar. É temerário imaginar que o registro escrito é ditado por um dos participantes, que decide como e o que deverá constar no texto. Até porque isto significa que todos os outros participantes correm o risco de falar sem "serem ouvidos". Afinal, a sentença, o julgamento final, tem por base o registro escrito; definitivamente trata-se de um gênero que merece revisão.

Keywords: Law; discourse, Forensic Linguistics; witness;

Abstract: It is a research, still in progress, within the Law studies area known as Forensic Linguistics. This discipline, already widespread in countries such as England, studies any kind of relationship involving language and law; moving from expert practice area, plagiarism, identification of participants to the analysis of gender and texts.

The examination of witnesses in the hearing of civil and labor areas in Brazil, is a discursive genre with its own characteristics, where a judge hears witnesses in order to ratify sentences. The interaction has unique aspects, and its main features are asymmetry and hybridity - the judge has the power of speech and at certain times, changes his place of inquisitor as a rapporteur of speech which will be written by another participant not ratified in the speech , the hearing's secretary.

This paper aims at using the theories of ethnography communication and reporting of speech, to examine, for the first time in Brazil, how this interaction takes place. This is a preliminary and exploratory case study but already shows points to critical issues - as we know, its 'talks', can be interpreted (pragmatically) and therefore reported differently according to different points of view and according to different roles and social conventions. Data collection was done through analysis of audio and

video recordings of testimonies, as well as the minutes were taken, and all the material analyzed in parallel.

After the analysis it was observed that the additions and subtractions in the official register are striking, especially when it comes to evaluators. However, in cases of judgment of moral damage, as this very case, the amputation of the evaluations of testimonies can be fatal. Although this article use data extracted from special civil courts rite; it is known that judges from second degree, are already making references to the generality of the terms used in written records. The generic term hinders the enjoyment of the event itself, after all these judges will never have the opportunity to know what was actually spoken in the hearing.

It is a formal genre, confused in terms of communication, and organized in a peculiar way. It is foolhardy to imagine that the written record is dictated by one of the participants, who decides how and what should be included in the text. Especially because this means that all other participants are likely to speak without "being heard". After all, the sentence, the final judgment, has the written record by base; definitely it is a genre that deserves review.

1 Introdução

A pesquisa visa investigar a relação entre a linguagem oral usada pelo/a questionador/a (o/a juiz/a) e o relato advindo deste questionamento – o texto escrito, que em nossos dados, apresenta-se excessivamente reduzido. A escolha e a seleção do que relatar e a forma discursiva (direta ou indireta) apresentada nos textos escritos certamente terão consequências legais que afetarão os interlocutores deste discurso.

Em Coulthard e Johnson (2010, p.199) pode-se obter uma amostra de alguns fatores complexos que envolvem a construção de histórias em tribunais; este artigo demonstra a emergência da narrativa neste contexto, através de um gênero híbrido, focando a análise na construção de discursos direto, direto livre, indireto e indireto livre em audiências. Apesar de a comunicação, desenvolvida para julgamento de demanda jurídica, ter uma tendência narrativa em relação à infração legal, existe o desejo do poder judiciário de submeter estas narrativas à verificação científica. Para que esta verificação seja possível, o mesmo evento deve ser reconstruído dentro deste gênero

institucional híbrido, e receberá alterações substanciais de forma, e possivelmente de conteúdo, como observaremos no caso prático neste presente artigo.

Gewirtz (1996, p.217) coloca que: "Toda a lei diz respeito à vida humana; no entanto, esforça-se em manter a vida à distância", ou seja, na verdade o gênero discursivo, institucionalizado no sistema legal brasileiro, acaba por desconstruir percepções básicas de linguagem, quebrando por exemplo a estrutura narrativa (LABOV, 1972). Entre outros aspectos emergentes dentro deste processo a transcrição (Tradução Intralingual), ou registro do discurso direto, e a orientação das perguntas (perguntas retóricas) parecem ter grande influência na construção deste discurso. Assim este trabalho deverá desenvolver a análise prática de dados coletados com a verificação do seguinte problema:

As diferenças entre a representação do mesmo evento (depoimento em audiência) em modo oral e escrito, caracterizado como tradução intralingual ou transcrição, e a eficácia da prova testemunhal no sistema jurídico brasileiro.

Assim ocorre que, na tradução intralingual deste discurso, a mesma informação é repassada ou registrada em modo diverso daquele presente no ato da fala (JAKOBSON 1971, p.260); transportando a informação de um sistema linguístico para outro (COULTHARD, CALDAS-COULTHARD, 1991, p.43). A audiência acontece de forma oral, porém será registrada em modo escrito, método este conhecido como transcrição. A transcrição é um aspecto linguístico de grande repercussão acadêmica, sempre é fato causador de polêmica entre juristas e linguistas. Na verdade, Segundo Hervey (1995, p.9) todos nós somos tradutores de alguma sorte, não seria diferente dentro do sistema jurídico. Assim, observando a perspectiva de Halliday e Hasan (1985), estarei realizando uma análise no campo (field) jurídico processual cível, em modo oral e escrito, em registro formal, focando na metafunção interpessoal da língua.

A primeira seção é esta aqui presente, ou seja, de contextualização; no entanto, para que seja possível alcançar os objetivos a que se propõe este artigo (informação verbal)[1], teorias sobre linguagem e comunicação serão utilizadas, uma vez que apenas uma corrente de estudos não é suficiente para preencher todos os quesitos que envolvem a análise do discurso. Seguindo esta linha de pensamento de Patrick Charaudeau, trata-se de um trabalho interdisciplinar, ou transdisciplinar, onde mais de

[1] Informação obtida em Palestra ministrada por Patrick Charaudeau, na abertura do Primeiro Congresso em Estudos do Discurso, na Universidade de São Paulo, em de Agosto de 2014.

uma disciplina do conhecimento é envolvida para a troca de informações. Isto significa que princípios que norteiam o direito brasileiro e os estudos da linguagem estarão interagindo, fornecendo um ao outro conceitos e definições, sem perder o seu local geográfico próprio. Assim pode-se observar noções de igualdade em comunicação de uma perspectiva de linguagem e de direito ao mesmo tempo, o que se pode chamar de "interdisciplinariedade focalizada", segundo o pensador em questão. Até porque, a linguagem está no centro de todas as atividades humanas e por conseguinte em todos os fenômenos sociais.

1.1 Objetivo

Assim sendo, o presente artigo visa a análise linguística de dados reais e práticos com o objetivo de descrever as diferenças entre a representação oral e escrita do mesmo evento e suas possíveis implicações em termos da validade de prova testemunhal oferecida em audiência cível no sistema jurídico brasileiro.

2 Método, Dados e Participantes

Este estudo de caso analisa paralelamente o mesmo texto (testemunho oferecido em audiência de instrução e julgamento) em modo oral e modo escrito. Para tanto estarei utilizando dois fragmentos de dois testemunhos diferentes, de duas testemunhas de um mesmo processo judicial. Estes testemunhos foram prestados em audiência no Juizado Especial Cível, cuja comarca preservamos anônima por razões de confidencialidade. Os participantes que interagem neste discurso são os seguintes: o/a juiz (01), o/a secretário de audiência (2 que registra o discurso em modo escrito), as testemunhas (4,5) e o/a advogado de defesa (3), advogados de acusação (6,7), ao lado do participante 01, o réu/ré (9) e o autor/a da demanda (8).

A demanda judicial em questão julgou a retenção do documento de veículo automotor no momento da compra/venda do mesmo. Isso significa que, uma pessoa comprou um veículo; no entanto, a empresa ou pessoa que vendeu o bem móvel para este reteve o documento de registro do mesmo. Assim a pessoa que comprou o bem sentiu-se lesada, procurando assim um/a advogado/a. Então, este/a procurador/a de

direitos individuais ingressou com um pedido junto ao Juizado Especial Cível de determinada comarca, comarca entenda-se cidade. Este pedido possivelmente chamou a pessoa ou empresa que vendera o veículo para discutir o evento, obtendo assim a oportunidade de defender-se. O objetivo deste trâmite é julgar se a ação lesou direitos daquele/a que ingressou com a ação ou não. Uma vez que se observe a infração de direitos expressos em lei, possivelmente uma multa ou obrigação de fazer ou não fazer será determinada pelo juiz/a que decide sobre o caso em questão.

Durante o processo citado acima, pessoas que presenciaram ou não o fato, que conhecem ou não os/as envolvidos/as, serão chamadas para prestar depoimento em audiência. O depoimento é também conhecido como prova testemunhal, uma vez que estas pessoas chamadas para elucidação dos fatos são conhecidas por testemunhas. Nesta interação entre testemunha e juiz/a, e seus respectivos registros, revela-se o gênero legal e suas peculiaridades. É nesta interação que este artigo desenvolve a análise dos dados coletados e suas respectivas implicações.

2.1 Coleta de Dados

A coleta de dados ocorreu em três etapas distintas:

- Primeiramente filmaram-se os dois testemunhos oferecidos em audiência no Juizado Especial, escolhendo-se dois fragmentos distintos;
- Os dois fragmentos de testemunho foram, manualmente, transcritos e a filmagem legendada;
- A ata da audiência, ou seja o registro escrito, foi coletada; porém, subtraída deste texto com o fim de preservação da identidade dos participantes, ainda que não seja um caso o qual tenha se requerido sigilo.

2.2 Método de Análise

A base teórica da análise está descrita na seção 3 deste artigo, e a análise propriamente dita encontra-se na seção 4. A seção 4 visa a observação das informações e/ou falas subtraídas ou adicionadas do texto oral (transcrição) para o texto escrito e oficial (ata de audiência) que fez parte do processo judicial. De posse das adições e

subtrações, pretende-se analisar a quantidade e o tipo da informação alterada, por conseguinte encontrar as possíveis implicações em termos de direito e linguagem que tais alterações podem implicar.

3 Revisão de Literatura

O gênero textual é uma forma de organizar a comunicação, sendo em si mesmo um fenômeno também social. Segundo Caldas-Coulthard (2008, p.44), o gênero é uma forma socialmente aceita de uso da linguagem em determinada prática social. Através da crescente velocidade que a informação é repassada nos dias de hoje, também se observa um crescente número de novos gêneros. O gênero legal é um gênero uno e híbrido. Nota-se que, apesar das transformações dos fenômenos comunicativos, este gênero parece estar institucionalizado a ponto de não acompanhar o desenvolvimento da linguagem no mesmo ritmo. Sabe-se que algumas práticas jurídicas chegam a ser centenárias.

Para termos uma ideia do tradicionalismo deste discurso institucional, segundo Charaudeau (2004, p. 254), o gênero legal já era reconhecido como estrutura textual na Retórica Antiga (1348b) de Aristóteles. Pertenciam ao gênero todo e qualquer discurso proferido perante um julgador/a, onde existem participantes com interesses opostos. Entre outras inúmeras razões, é por este motivo que existe a necessidade de estudos de verificação neste tipo de texto. Segundo o mesmo linguista, (CHARAUDEAU, 2014, informação verbal) o gênero discursivo é resultado de uma regulação, que é a criação de normas e padrões sociais através da relação entre as pessoas. Uma vez que todo o fenômeno social requer uma ordem estrutural e uma ordem processual, o gênero discursivo é resultado da interação entre as normas sociais e as identidades criadas.

O texto, que tomaremos aqui como uma unidade completa de sentido (CALDAS – COULTHARD et.al, 2013, p.19), pode ser classificado em diferentes parâmetros para ser enquadrado dentro de um gênero específico. Os critérios (CHARAUDEAU, 2004, p.249) de classificação podem incluir entre outros: forma, conteúdo, composição, organização enunciativa. Ocorre assim que um texto pode cumular diversos tipos de classificação até enquadrar-se em um gênero específico. Assim, como exemplo dentro do gênero legal, podemos citar os seguintes textos que estão presentes nesta pesquisa: uma audiência, (texto multimodal) e uma ata de audiência (texto modo escrito). É claro, estarei focando no gênero audiência, principalmente na linguagem falada e transcrita;

no entanto, não pode se negar todos os outros elementos para-linguísticos que envolvem este gênero, de maneira que o classificarei aqui como multimodal.

Agora se colocarmos o texto ou gênero dentro da prática social onde o mesmo ocorre, chegamos ao nível do discurso. O discurso é a essência da mensagem que está sendo repassada, é justamente neste nível textual que pretendo chegar ao longo da análise dos dados. A análise do discurso é essencialmente uma atividade multidisciplinar, o que faz possível o desenvolvimento do presente artigo. Segundo Caldas-Coulthard (2013) esta prática social à qual me refiro pode ser definida como coisas que pessoas fazem com, ou, para outras pessoas, em lugares específicos, seguindo convenções de tempo e espaço. Também segundo a linguista, os participantes deste discurso podem ser nomeados como atores/atrizes sociais. Estes seriam então os protagonistas das ações que estão por ser analisadas, os quais podem ser melhor visualizados na seção de número 2, em participantes.

A forma escrita do discurso falado é amplamente utilizada em várias práticas sociais, de fatos ficcionais, faccionários ou factuais (COULTHARD, 1994, p.296). Porém, neste ato de transcrição, a informação poderá ser alterada de acordo com a composição que aquele que registra opta em fazer. As consequências que a atitude daquele que reporta e registra o que foi falado pode ter repercussões de cunho sério. Segundo Fowler (1981, p.108) não existe texto o qual o contexto não seja influenciado por pontos de vista daquele que o produz. É realmente impossível transcrever o discurso direto, e outros aspectos para-linguísticos que se observa em uma filmagem, por exemplo, em um único modo, escrito; pois existem muitas informações que norteiam o discurso naquele momento. Assim aquele que estrutura o texto, seja ele o/a juiz/a ou aquele/a que se posiciona ao seu lado (ver figura 01, participante 2), inevitavelmente deixarão marcas no texto, pois os mesmos detêm o poder de registro e de estruturação do discurso. Até por que, por trás desta estruturação que os mesmos constroem através de perguntas e registros das mesmas, existe uma intenção, a intenção de averiguar, elucidar. Somando-se a este aspecto, temos a presença das intenções da testemunha e suas percepções (ver figura 01, participantes 4 e 5), respostas estas que serão oferecidas fazendo-se o uso da ativação de sua memória: "Tanto o locutor quanto o ouvinte terão motivações, propósitos ou intenções ao entrarem em uma interação verbal e o mesmo se aplica para as ações subsequentes com as quais as ações verbais estão relacionadas dentro da mesma situação" (VAN DIJK, 2010, p.18); aqui jaz a fragilidade da prova. Na realidade,

percebe-se que a entrevista ou interrogatório já é por si um modo frágil de se procurar por provas e evidências pela sua própria natureza de ato interacional comunicativo. Se ainda somando-se a estas peculiaridades mais intrínsecas tivermos a presença de outros aspectos modificadores, como as perguntas retóricas por exemplo, cada vez mais estaremos nos afastando da informação essencial, da elucidação dos fatos que vai sendo modulada e alterada, adicionando-se a ela diversas percepções e intenções. Van Dijk (2010, p.17) ao falar sobre a intenção do falante refere-se ao que ele chama de "pressuposto pragmático" que neste artigo tomar-se-á como o primeiro pequeno obstáculo desta interação na busca da "verdade dos fatos". Ainda na linha teórica de Van Dijk, a compreensão do que é falado jamais é um ato passivo, é sim parte de um processo; de uma interação onde o ouvinte (juiz/a e assessor/a) estará interpretando as ações do/a locutor/a. Neste momento estou fazendo alusões a princípios de comunicação inerentes à interação, não entrando especificamente em meandros do gênero híbrido presente no discurso institucional jurídico. Porém, há de se lembrar aqui, que uma vez que o contexto é um contexto legal, de depoimento e avaliação de testemunha, estas percepções e compreensões do locutor e ouvinte estarão limitadas e afetas por este contexto. Por óbvio todos os envolvidos na interação poderiam variar vocabulário, gênero e outros, se o contexto fosse diverso; então, na realidade, por mais intrínseca que seja a avaliação interativa e até de intenção neste discurso, a mesma é inerente ao discurso legal, por razão do contexto em que se insere.

Depois, ainda nesta mesma interação, não podemos esquecer da presença de significadores para-linguísticos. Todos os participantes da interação estão suscetíveis a informações não verbais, como expressões faciais, altura de fala, fala hesitante e outros. Estes aspectos influenciam o discurso, eventualmente refletem no vocabulário e direcionamento do testemunho em alguma forma; no entanto, esta multidimensionalidade presente neste evento, jamais poderia ser registrada em um modo unidimensional. É fato que existe uma conscientização geral que timidamente cresce dentro do judiciário em relação a estes aspectos, pois muito recentemente as audiências criminais passaram a ser filmadas. Porém, percebe-se que as manifestações, sentenças e outros permanecem na forte tendência do registro escrito.

Existem outros aspectos diferenciais, entre o texto escrito e falado, não tão relevantes em um primeiro momento para este artigo mas merecem ser mencionados. Um desses fatores diferenciais é a repetição (A. DOOLEY, 2007, p.30). Este é um aspecto

muito presente no texto falado e quase que intolerável no modo escrito. No entanto, quando tratamos de testemunhos, as hesitações e repetições, que possivelmente não serão registradas, podem revelar mais do que simplesmente a informação subtraída do trecho. A ligação "cauda-cabeça" de Thompson e Longacre (1985:209), ou seja, o verbo da sentença anterior (cabeça) iniciará a sentença subordinada (calda), são subtraídos nos registros escritos. Como exemplo prático, podemos observar na transcrição do testemunho da testemunha 01, em linha de número 16, como um exemplo de ligação "cauda-cabeça", observe: (...) eu **fui** (grifo nosso) sócio deles. **Fui** (grifo nosso) sócio na empresa, não em automóvel nada, só na empresa. Esta frase emitida oralmente recebeu o seguinte registro escrito: "(...) o declarante afirma que foi sócio da empresa requerida". Percebemos que além da subtração do conector, a informação é transmitida com estrutura e vocabulário bem diverso do falado (presença de categorização de participantes pela função social no discurso), revelando o discurso jurídico, mesmo que ainda em um pequeno trecho.

Também é possível observar no registro escrito a subtração dos marcadores evidenciais (BARNES, 1984). Estes marcadores são próprios do texto falado: "(...) eu **ouvi** (grifo nosso) falar que eles tinham um problema, assim **deduzi** (grifo nosso) que se referia ao cheque (...). Igualmente, percebe-se que a diferença na ordem padrão varia bastante do registro escrito e no falado. Podemos citar, como exemplo, a posição dos verbos e seus complementos, isso pode ser facilmente observado nos dados práticos presentes neste trabalho (ver item 04 do artigo).

A diversa organização entre os diferentes modos de texto também é um fator a ser considerado. No texto oral os enunciados tendem a ser mais curtos, em pares de enunciado iniciante e resolucionante (A. DOOLAY, 2007), já no texto escrito os agrupamentos temáticos são mais extensos (LEVINSOHN, 2000). Além de uma organização divergente entre o texto oral e o escrito, soma-se o fato da diversidade do vocabulário. Por óbvio o texto oral será dotado de um vocabulário mais coloquial do que o escrito. Este aspecto é ainda mais claro quando o objeto de análise é um texto jurídico, como se pode claramente observar no item 4 deste artigo, onde temos um exemplo prático do mesmo texto na forma oral e na forma escrita. Também a precisão das ideias deverá ser maior no texto escrito do que no texto falado, para tanto, certamente haverá subtrações, adições e reorganização da estrutura da frase.

Não se pode esquecer aqui que uma das características que deverá marcar a diferença entre os diferentes modos de discurso é a "aplicação prática" dos mesmos (A.DOOLEY, 2007, pg. 34) ou seja, a função do texto, a finalidade para qual o texto em questão será usado. Isto na verdade também refere-se novamente ao contexto, do contexto "não se pode fugir". Conforme o contexto a organização textual será por certo alterada, o importante é saber o quanto estas alterações poderão influenciar no resultado prático, principalmente quando falamos de textos como os jurídicos que podem tocar a sociedade de maneira prática imediata, como exemplo podemos citar uma sentença condenatória. Importante auferir aqui filósofos como Austin (1962) que defenderam que todo enunciado proferido é um ato modificativo. Por esta razão se perfaz a importância de um minucioso estudo do que está acontecendo nos fóruns e audiências no Brasil em termos de comunicação. As considerações teóricas, referentes a discurso citado, serão desenvolvidas conjuntamente com a análise dos dados apresentada na próxima seção.

4 Análise dos Dados

Assim, no trecho selecionado para análise, observamos o início de um testemunho, onde o/a juiz/a estará entrevistando a testemunha. As primeiras perguntas, aqui também transcritas, referem-se às perguntas chamadas por Labov de "fala monitorada" (2008, p.102). Ou seja, no trecho escolhido para a testemunha 01, participante 4 (ver figura 01), é uma sequência de perguntas as quais a testemunha previamente já sabe que terá de responder. Estas perguntas são realizadas no início de todo e qualquer outro testemunho prestado em audiência, onde o/a juiz/a estará averiguando o que chamamos em direito de: compromisso de testemunha. Dependendo desta preliminar, a avaliação do testemunho será compromissada (obrigado/a a falar a verdade) ou descompromissada (desobrigado/a a falar a verdade). Compromissada é a testemunha que não tem relações diretas, íntimas ou familiares com os envolvidos no ato delituoso, a descompromissada por óbvio é o oposto. Este pequeno trecho também apresenta o início da entrevista propriamente dita, onde após uma pergunta aberta o/a juiz/a iniciará uma sequência de perguntas retóricas. Há uma mudança de quadro (GOFFMAN, 1974), quando o/a juiz/a começa a ditar para seu assessor/a (ver figura 01, participante 02) um texto que "supostamente" são as respostas da testemunha. Assim

abaixo está representada a transcrição (modo oral) e o registro escrito (ata de audiência) do primeiro trecho selecionado, as falas da testemunha estão em negrito.

Transcrição testemunha 01 (grifo nosso):

1. JUIZ: O senhor é parente do seu M.J.S?
2. TESTEMUNHA: Não.
3. JUIZ: ou do proprietário da empresa X_____X_____
4. TESTEMUNHA: Não.
5. JUIZ: O senhor é amigo do seu M. ou do sócio da Empresa?
6. TESTEMUNHA: Não
7. JUIZ: Não?
8. JUIZ: O senhor é empregado da X_____X_____?
9. TESTEMUNHA: Não.
10. JUIZ: Não?
11. JUIZ: Aos costumes disse nada sendo então compromissado.
12. JUIZ: O que o senhor sabe que o seu M. alega que ...
13. JUIZ: que esteve na loja para comprar um veículo, o que o senhor sabe sobre isso?
14. TESTEMUNHA: Eu sei é, que a história toda foi, começo que aquele carro quando eu trabalhava com (...) lá no X_____
15. JUIZ: O senhor trabalhou lá na empresa?
16. TESTEMUNHA: Trabalhei sim, eu fui sócio deles. Fui sócio na empresa, não em automóvel nada, só na empresa.
17. JUIZ: Mas qual Empresa?
18. TESTEMUNHA: na X_____X_____há muitos anos atrás.
19. JUIZ: Pois é sócio da empresa X_____X_____.
20. TESTEMUNHA: Sim, eu fui sócio deles.
21. JUIZ: Em que período?
22. TESTEMUNHA: Há uns seis sete anos.
23. JUIZ: Faz seis, sete anos?
24. JUIZ: Que, que ... (há com "h") que há seis ou sete anos o declarante foi sócio da empresa requerida.
25. JUIZ: Quem era o outro sócio?
26. JUIZ: O X_____X_____;
27. JUIZ: vírgula sendo o outro sócio o X_____X_____.

Registro escrito (ata de audiência) testemunha 01 (grifo nosso):

[(01) Advertida do impedimento e da suspeição, tal qual estabelecido à legislação, a pessoa acima qualificada disse nada, sendo então, compromissado.(02) Às perguntas formuladas passou a responder: (03)"Que ha seis ou sete anos o declarante foi sócio de G.S., sendo que o declarante era sócio só de fato mas não constava o seu nome no contrato social da empresa. (...)"] (Anexo 01, subtraído por motivos de confidencialidade).

O texto escrito (ata de audiência) foi ditado pelo/a juiz/a ao seu/sua assessor/a que o registrou em forma e conteúdo acima descrito. Ou seja, primeiro o/a juiz/a faz à testemunha uma série de perguntas. Logo após constrói um texto usando-se das respostas e dita o mesmo para o seu/sua assessor/a, que supostamente deve registrar

como lhe é ditado, porém nada lhe impede de fazer pequenas alterações, tendo em vista que alguns juízes/as não vão ditar tudo que necessita ser registrado, isto significa que o seu/sua assessor/a tem a liberdade de fazer pequenas alterações na estrutura. Assim é o/a assessor/a que operacionaliza o registro que foi ditado pelo juiz/a. Perceba que o trecho acima que está entre aspas não condiz com a interação que existiu entre o juiz e a testemunha. Da mesma forma acima descrita acontece o segundo exemplo inserido neste artigo. Assim, antes de adentrarmos em análises mais específicas sobre a interação que acontece vejamos mais um exemplo prático.

Abaixo apresento o segundo trecho selecionado para análise, novamente a fala da testemunha estará em negrito. As representações referem-se ao texto oral e em seguida o seu registro escrito, presente no documento oficial conhecido pelos profissionais do direito como Ata de Audiência.

Transcrição testemunha 02 (grifo nosso):

1. ADVOGADA: (...) em algum momento desses vários anos que você trabalha lá, apesar de não trabalhar, apesar de não trabalhar na função de vendedor, você trabalha ali diretamente em contato com as pessoas.
2. JUIZ: ele disse que na limpeza.
3. ADVOGADA: (...) é, eu gostaria de saber se você já viu ali em algum momento, o X_____, o X_____ ou qualquer outro funcionário destratar algum cliente?
4. ADVOGADA: ou com falta de respeito, ou até mesmo impedir algum cliente de entrar na loja? Falar alto com algum cliente
5. JUIZ: O senhor viu alguma vez?
6. TESTEMUNHA: não...não...nunca vi isso.
7. JUIZ: Que nunca viu X_____ e X_____ ou empregado da requerida...
8. JUIZ: Tratar mal os clientes ou impedir cliente de entrar na empresa Requerida.

Registro escrito (ata de audiência) testemunha 02 (grifo nosso):
[Às perguntas formuladas passou a responder: (01) "Que (...)". (02) Dada a palavra a procurador da requerida a testemunha respondeu: (03) "Que nunca viu G. ou G ou empregado da requerida tratar mal os clientes ou impedir cliente de entrar na empresa requerida." (04) Dada a palavra a procurador do autor que não teve perguntas a formular. Nada Mais] (Anexo 02, subtraído)

Novamente a diferença entre o que foi falado e o que foi escrito é muito grande, facilmente observável por qualquer indivíduo letrado. Observando os trechos selecionados, é possível perceber uma questão crucial: o uso das aspas (citações), as quais transitam entre os discursos direto, indireto e indireto livre e outras formas

híbridas desta tripartição. No discurso direto, os participantes têm voz ativa, é o discurso que existe nos diálogos, por exemplo. No discurso indireto existe um narrador, um participante que narra, conta um evento, comum encontramos discurso indireto na terceira pessoa. Quando este narrador imputa fala aos personagens, ou seja, os personagens têm voz própria, apesar do discurso ser indireto, chamamos de discurso indireto livre**.** O discurso indireto livre portanto tem as características dos dois anteriores.

Nos casos práticos apresentados, podemos perceber a presença de aspas para referir-se a fala da testemunha, quando na verdade não expressa diretamente a fala da testemunha e sim uma composição intermediária entre pergunta e resposta, ou seja, a comunicação gera um texto produzido pelo/a juiz/a e seu/ua assessor/a. O discurso citado sempre foi uma problemática linguística, pois afasta do locutor as suas preposições; este é um caminho que deve ser seguido com muita atenção. No entanto, a ideia de que o discurso indireto seja menos fiel que o direto vem sendo superada, e alguns linguistas (FAIRCLOUGH,1988) vão preferir o termo "discurso representado" do que "discurso citado" (CHARAUDEAU, 2014, p.172), neste artigo faremos a mesma opção. Assim o que encontramos entre aspas na Ata de audiência é a representação do discurso direto operacionalizado entre pergunta e resposta, entre juiz/a e testemunha.

Authier-Revuz (1992) divide a representação do discurso em três diferentes tipos (CHARAUDEAU, 2014). Entre eles encontramos: discurso citado em sentido estrito, modalização em discurso segundo, modalização autonímica. Assim no trecho que encontramos na ata de audiência, teríamos a conversão de um discurso direto livre para um discurso indireto, ou discurso citado em sentido estrito porém com características estruturais de modalização autonímica. Ou seja, estamos frente a um caso híbrido de representação do discurso. Este aspecto deve acabar incorrendo em um fenômeno conhecido por linguistas como polifonia (BAKHTIN, 1929).

A polifonia é a presença de várias vozes dentro do mesmo discurso. Seguindo diferentes correntes dentro da linguística, entre outras categorizações de polifonia encontraremos a mesma em sentenças de negação (BERGSON, 1957, pg. 287). Como exemplo deste fenômeno podemos citar o enunciado de número 03 do registro escrito (ata de audiência) do testemunho 02, seja ele: "**Que nunca** (grifo nosso) viu G. ou G ou empregado da requerida tratar mal os clientes ou impedir cliente de entrar na empresa requerida". Podemos perceber que não existe a possibilidade da testemunha negar uma

informação se esta não fora fornecida como afirmação em algum momento. Para que a testemunha negue que viu algo, subtende-se que a nível abstrato existe a proposição afirmativa de que efetivamente viu. Este fenômeno demonstra o resultado do gênero legal de pergunta e resposta, ou seja, orientação construída. A pergunta realizada marca o texto produzido em registro escrito. É realmente um fator a ser questionado, inclusive em âmbito legal e penal. A imputação a um indivíduo de uma fala que não fora sua me parece uma questão crítica que extravasa os limites da linguística adentrando no âmbito legal e da infração legal. Na realidade, é um fenômeno raro onde no afã da verificação científica legal dos fatos, o sistema legal brasileiro infringiria suas próprias concepções básicas de direito comum, isto é pelo mínimo uma contradição.

Ainda neste pequeno trecho outras análises poderiam ser desenvolvidas, em categorização de atores sociais, nominalizações e tantos outros aspectos que revelam estes pequenos trechos. No entanto, o propósito desta pequena análise se perfaz neste momento exaurido, uma vez que respondida a problemática a qual se dispôs a analisar no prólogo deste texto, passo a conclusão.

5 Considerações Finais

Percebe-se assim, após esta análise de caso concreto, que o testemunho é efetivamente uma forma frágil de constatação de evidência legal. Primeiramente, é frágil pela sua essência de ato de comunicação (VAN DIJK, 2010), onde diversas intenções e objetivos dos participantes estão diluídos na interação. Também, o testemunho é por si essencialmente narrativo; porém, observa-se que a estrutura apresentada é por demais distante do que se conhece como narrativa (LABOV, 1972). O centro do problema reside nas características intrínsecas da construção do discurso, por ser orientado (modo oral), e pela estrutura do registro no modo escrito deste mesmo discurso. O registro escrito é essencialmente resultado de uma drástica mudança de quadro na comunicação (GOFFMAN, 1974), por ser "ditado" pelo/a juiz/a, isto o afeta de maneira contumaz. Além das características próprias da transcrição, como subtração de elementos "cauda-cabeça" (THOMPSON E LONGACRE, 1985), mudança de vocabulário e outras características inerentes a este tipo de evento linguístico, a hibridez deste gênero incorre em fenômenos como a polifonia (BAKHTIN, 1929). Tais fenômenos são resultado da desordenada estruturação da informação. O texto escrito resultante é eminentemente

híbrido, de maneira que não se pode categorizá-lo em um só tipo de discurso indireto, pela base filosófico-teórica conhecida em linguística. Na realidade, o gênero legal imputa falas aos participantes que são eminentemente a união de uma pergunta do/a juiz/a e uma resposta da testemunha, por óbvio que fenômenos tais como a polifonia seriam marcados neste discurso.

Não restam dúvidas que o sistema legal como estrutura textual, desenvolveu práticas sociais de averiguação de fatos que tendem a afastar o direito comum, e as práticas vigentes e modernas em comunicação. Entre os pontos já levantados também foi possível observar no material analisado:

I.O número de participantes e o número de vozes no discurso não são equivalentes. Existem mais participantes do que vozes no discurso;

II. A distribuição da fala, é desenvolvida de forma formal, sem sobreposições, porém de maneira não igualitária, infringindo as máximas de *Grice*;

III. A identificação dos participantes pela sua função social no discurso (nominalizações). Fenômeno semelhante que ocorre em esfera criminal quando se referindo a "alcunha"; a meu ver, isto infringe um princípio civil básico, ou seja, o direito ao nome;

IV. Excesso de formalidade por formas de tratamento tais como 'excelência'. Vocabulário distante das práticas sociais pós- modernas, termos em latim, novamente afastando-se das práticas sociais correntes;[2]

V. O fato dos principais interessados, tais como autor/a e réu/ré da demanda judicial, não terem sequer uma oportunidade de voz em todo o texto analisado, em nenhum modo, nem escrito e nem oral. Este aspecto é o mais preocupante, infringindo concepções primárias de direito do senso comum;

A diferença entre a representação da voz do/a assessor/a registrador/a nos diferentes modos escrito e oral. Percebe-se que se trata de um/a participante decisivo/a, sem voz no discurso oral e com extremo poder material no discurso escrito, o qual invariavelmente produz a sentença judicial.

[2] "The argument made by lawyers for the use of archaic deictis is that they enable clearer and less ambiguous reference.(…)Other motives for using them may include interpersonal power – to give greater weight and authority to the language(…)".*The Pursuit of Precision* em *An introduction to language in the justice system*. Gibbons, John pg 41.

Eu, como procuradora de direitos individuais, penso que a manifestação oral do autor/a e do/a réu/ré deve ser uma exigência legal, um direito, possivelmente cronometrado em cinco minutos, como de fato são as razões finais dos advogados. É difícil conceber, na percepção do direito comum ou positivo[3], o cerceamento da fala em todo e qualquer discurso legal, dos principais interessados. Em minhas pesquisas, já se somam três casos analisados com total ausência de fala do/a autor/a ou réu/ré da ação.

Entre todas as considerações levantadas aqui, a questão que definitivamente deverá estar no foco da revisão ideológica e metodológica da prática, é o papel daquele/a que operacionaliza o registro escrito, ou seja, a prática da transcrição. Percebemos um movimento mundial de pesquisadores/as na área da transcrição, definitivamente, ainda que em âmbito nacional, precisamos desenvolver um método comum. Através da transcrição, que a sentença, os prazos e tantas outras práticas do gênero discursivo legal, vão subtrair embasamento para fundamentar procedimentos e decisões. O importante me parece desenvolver um método comum e eficaz, que seja relevante ao sistema jurídico. Neste estudo de caso, observou-se dentro da transcrição, que os termos de declaração registrados em audiência, suprimem as perguntas realizadas por advogados/as e pelo juiz/a da transcrição, imputando ao falante a sua reposta como fala deliberadamente proferida, inclusive fazendo-se uso de aspas.

Definitivamente, a ponte entre o direito e a linguística não é só possível, é necessária. Pois hoje, ao mesmo tempo que o sistema legal brasileiro administra a vida dos indivíduos, tende a afastá-la das práticas sociais correntes. Assim apresenta uma "representação do discurso" (FAIRCLOUGH,1988) no modo escrito que pode estar infringindo princípios legais básicos do próprio sistema que o gera. Poderíamos citar e até identificar na legislação federal inúmeros dispositivos legais que são infringidos dentro do gênero legal, mas basicamente para este artigo ficarei com os princípios de igualdade em sentido amplo e liberdade e igualdade de fala em sentido restrito fortes na Constituição Federal de 1988. Termino este artigo com um dizer comum nos textos de gênero legal: "prova prejudicada para fim de evidência".

[3] O positivismo nada mais é do que o direito escrito, o direito das leis. É conceito de direito efetivamente administrado pelas autoridades que possuem o poder para impor as normas jurídicas (nota da autora).

6 Referências

BAKER, M. **In other words**. London: Routledge, 1992.

BELL, R. **Translation and translating**. London: Longman, 1991.

CALDAS – COULTHARD, C. R.,et.al. **Análise do discurso.** Florianópolis: Editora UFSC, 2001.

CALDAS – COULTHARD, C.R. **News as social practice**, Tese para ingresso de professor titular,1992. [n.s.].Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 1992.

CALDAS – COULTHARD, C.R., et.al. **Desvendando discurso**, Florianópolis: Editora UFSC, [200-].

COULTHARD, M. **A Tradução e seus problemas**. Florianópolis: Editora UFSC, 1991.

COULTHARD, M., et.al. **The routledge handbook of forensic linguistics**. London: Routledge, 2010.

COTTERL, J. **Language in the legal process.** Nova Iorque: Palgrave Macmillan, 2002.

FRANCES, C. **Systemic functional linguistics and theory of language in education, Revista ilha do desterro n.46**. Florianópolis: Editora USFC, 2004.

COSTA, L. **A systemic functional approch to the analysis of animation in film opening titles.**.2013.278. Tese de Titularidade de Doutorado. Departamento de Ciências Sociais e Humanas. Usiversity of Technology, Sidney.2013.

CHARAUDEAU, P. Intersecções Disciplinares. In.CONGRESSO INTERNACIONAL DE ESTUDOS DO DISCURSO, 1.2014, São Paulo. *Anais*...São Paulo, 2014.

CHARAUDEAU, P., et.al. **Dicionário de análise do discurso.** São Paulo: Contexto, 2014.

DOOLEY, R A. et.al. **Análise do discurso, conceitos básicos em linguística.** Petrópolis: Vozes, 2007.

FIORIM, J.L. **Em busca do sentido.** São Paulo: Contexto, 2008.

GIBBONS, J. **An introduction to language in the justice system**. Inglaterra: Blackwell Publishing, 2003.

HALLIDAY, M. et.al. **Language, context and text.** Oxford: [Sl], 1985.

HATIM, B. et.al. **Discourse and the translator.** London: Longman, 1990.

LABOV, W. **Padrões sociolinguísticos.** São Paulo: Parábola, 2008.

SIMON, S. **Gender in translation**. London: Routledge, 1996.

VAN DIJK, T. **Cognição, discurso e interação.** São Paulo: Contexto, 2010.

Anexo I – Autorização do CONEP para publicação

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA - UFSC

PARECER CONSUBSTANCIADO DO CEP

DADOS DO PROJETO DE PESQUISA

Título da Pesquisa: Vozes da Justiça: Análise do Discurso Jurídico, um estudo de caso
Pesquisador: Carmen Rosa Caldas-Coulthard
Área Temática:
Versão: 3
CAAE: 33312414.5.0000.0121
Instituição Proponente: Universidade Federal de Santa Catarina
Patrocinador Principal: FUND COORD DE APERFEICOAMENTO DE PESSOAL DE NIVEL SUP
Financiamento Próprio

DADOS DO PARECER

Número do Parecer: 830.009
Data da Relatoria: 13/10/2014

Continuação do Parecer: 830.009

Situação do Parecer:
Aprovado

Necessita Apreciação da CONEP:
Não

Considerações Finais a critério do CEP:

FLORIANOPOLIS, 13 de Outubro de 2014

Assinado por:
Washington Portela de Souza
(Coordenador)

X CONGRESSO DIREITOUFSC 2015

